

Vb

a 408616

1er/02

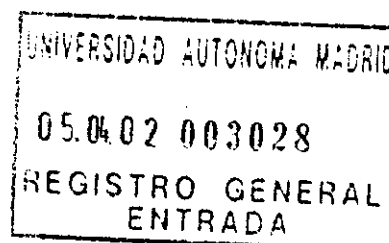
TD

524

**Universidad Autónoma de Madrid
Facultad de Derecho**

**Las cláusulas de limitación de beneficios en los
convenios para evitar la doble imposición**

R.D. 123735
30m



**Félix Alberto Vega Borrego
Madrid - 2002**

Universidad Autónoma de Madrid
Facultad de Derecho

Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios
para evitar la doble imposición

Tesis presentada para la obtención del
Grado de Doctor por el Licenciado en
Derecho Félix Alberto VEGA BORREGO,
bajo la dirección del Prof. Dr. D. Juan
RAMALLO MASSANET, Catedrático de
Derecho Financiero y Tributario de la UAM

Madrid, 2002.

LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE BENEFICIOS EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN.....2

CAPÍTULO PRIMERO:

LA TRIBUTACIÓN POR OBLIGACIÓN REAL Y LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

I.- Los criterios de sujeción al poder tributario del Estado y los convenios para evitar la doble imposición internacional.....8

II.- La tributación en la fuente (obligación real de contribuir): límites y tensiones con la residencia como criterio de sujeción al poder tributario.....14

III.- Los convenios para evitar la doble imposición en la planificación fiscal: el *treaty shopping*

III.A.- Consideraciones previas.....30

III.B.- Las distintas fases de la planificación fiscal internacional: la reducción de la carga tributaria global.....39

III.C.- La reducción de la tributación en la fuente a través de los convenios de doble imposición. Las estructuras *treaty shopping*.....48

III.C.1.- Utilización en la estructura de figuras no estrictamente societarias: los contratos de colaboración, la fiducia y el *trust*.....51

III.C.2.- La utilización de sociedades en la estructura.....58

CAPÍTULO SEGUNDO:

EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL Y LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE BENEFICIOS

I.- Causas y consecuencias del *treaty shopping*

I.A.- Consideración previa.....74

I.B.- Los sistemas de atribución de rendimientos a la empresa internacional: el sistema de contabilidad separada y el sistema de reparto proporcional.....77

I.C.- Consecuencias de las estructuras *treaty shopping* y razones para la adopción de medidas contra las mismas.....94

II.- Las medidas contra el *treaty shopping*

II.A.- Las medidas en la fase de aplicación de la norma: El *treaty shopping* como un supuesto de elusión fiscal internacional. La aplicación de la norma en materia de fraude a la ley tributaria.....110

II.B.- Las normas contra el *treaty shopping* en los convenios de doble imposición: consideraciones generales sobre el concepto de residencia, el concepto de beneficiario efectivo y las cláusulas de limitación de beneficios.....128

II.B.1.- El ámbito subjetivo de los convenios en el Modelo OCDE: el concepto de persona y el concepto de residencia.....129

A) El concepto de persona.....130

B) El concepto de residencia.....142

II.B.2.- El concepto de beneficiario efectivo

A) La regulación de los dividendos, intereses y cánones en el Modelo de Convenio de la OCDE.....150

B) El perceptor de los rendimientos y el beneficiario efectivo.....155

C) El objeto de la cláusula del beneficiario efectivo: ¿De qué hay que ser beneficiario efectivo?.....158

D) El significado del concepto: ¿Qué es ser el beneficiario efectivo?

D.1) Consideraciones previas.....163

D.2) La interpretación de los convenios de doble imposición: el concepto de beneficiario efectivo como concepto autónomo..165

D.3) Delimitación del significado.....169

E) Conclusión: significado y función del concepto de beneficiario efectivo.....201

F) El beneficiario efectivo en el Derecho comunitario.....204

II.B.3.- Las cláusulas de limitación de beneficios: configuración general....209

III.C.- Las normas específicas contra el *treaty shopping* en las legislaciones de los Estados: su compatibilidad con los convenios de doble imposición y el *treaty override*.....234

CAPÍTULO TERCERO:

RÉGIMEN JURÍDICO Y APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE BENEFICIOS

I.- Planteamiento.....244

II.- Cláusulas que otorgan la condición de residente cualificado

| | |
|--|-----|
| II.A.- Personas físicas..... | 249 |
| II.B.- Administraciones públicas y otros entes públicos..... | 252 |
| III.C.- Entidades sin ánimo de lucro y entidades benéficas..... | 257 |
| II.D.- Entidades exentas, fondos de pensiones e instituciones de inversión colectiva..... | 262 |
| II.E.- La cláusula de cotización en bolsa (<i>Stock exchange test/ Publicly trade companies</i>) | |
| II.E.1.- Planteamiento..... | 265 |
| II.E.2.- Acceso directo a la cláusula | |
| A) Clase principal de participaciones..... | 269 |
| B) Negociación sustancial y regular..... | 273 |
| C) Mercados de valores reconocidos..... | 277 |
| II.E.3.- Acceso indirecto a la cláusula de cotización en bolsa..... | 280 |
| A) Porcentaje de participación y sujetos que ejercen el control..... | 284 |
| B) Concepto de residente en Estados de miembros de la Unión Europea, del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y del Espacio Económico Europeo..... | 288 |
| C) Participación indirecta..... | 290 |
| D) Erosión en la base..... | 291 |
| II.E.4.- Cuadro..... | 295 |
| II.F.- La cláusula de propiedad y erosión en la base (<i>ownership/base erosion test</i>) | |
| II.F.1.- Planteamiento..... | 296 |
| II.F.2.- La cláusula de propiedad | |
| A) Formulación positiva o negativa de la cláusula..... | 298 |
| B) Porcentaje y participación indirecta..... | 300 |
| C) Residentes cualificados..... | 303 |
| D) Período de tenencia de la participación..... | 309 |
| E) Referencia a los convenios celebrados por España con Bolivia, Cuba, Irlanda, Israel, y Portugal y Rusia..... | 311 |
| II.F.3.- La cláusula de erosión en la base..... | 313 |
| A) Ingresos computables: concepto de rendimiento bruto..... | 315 |
| B) Sujetos a los que se destinan los pagos: residentes cualificados.... | 317 |
| C) Concepto de gastos deducibles..... | 320 |
| II.F.4.- Consideración final..... | 325 |
| II.F.5.- Cuadro..... | 326 |

III.- Residentes no cualificados pero con derecho a la aplicación general o parcial del convenio

III.A.- La cláusula de actividad

| | |
|--|-----|
| III.A.1.- Aspectos generales..... | 326 |
| III.A.2.- Concepto de actividad empresarial, realización indirecta y sustancialidad | |
| A) Concepto de actividad empresarial..... | 332 |
| B) Realización indirecta de la actividad empresarial..... | 338 |
| C) Dimensiones de la actividad empresarial desarrollada en el Estado de residencia: el requisito de la "sustancialidad"..... | 344 |
| III.A.3.- Relación entre el rendimiento y la actividad: relación directa o accesoria | |
| A) Relación directa..... | 353 |
| B) Relación accesoria..... | 356 |
| III.A.4.- Consideración final..... | 357 |
| III.A.5.- Cuadros..... | 358 |

III.B.- La cláusula de la administración central de un grupo internacional de sociedades (*Headquarters Companies*).....360

III.C.- La cláusula de beneficios derivados (*derivative benefits*).....363

IV.- Supuestos de exclusión

IV.A.- La cláusula del establecimiento permanente: operaciones triangulares y establecimientos permanentes situados en jurisdicciones de baja tributación.....376

IV.B.- La cláusula de exclusión (*the exclusion approach*)

| | |
|--|-----|
| IV.B.1.- Configuración y fundamento..... | 385 |
| IV.B.2.- El convenio entre España y Luxemburgo: La exclusión de las sociedades <i>holding</i> de la Ley de 31 de julio de 1929 | |
| A) Las sociedades <i>holding</i> de la Ley de 31 de julio de 1929..... | 393 |
| B) La norma de exclusión en el convenio entre España y Luxemburgo..... | 396 |

V.- La cláusula general de buena fe: la aplicación del convenio en virtud de un acto administrativo (*grace clause*)

| | |
|---|-----|
| V.A.- Configuración general..... | 404 |
| V.B.- Los criterios para la estimación de la solicitud..... | 411 |
| V.C.- Aspectos del procedimiento para solicitar la aplicación del convenio..... | 418 |

VI.- La gestión de la obligación real de contribuir: la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición con cláusulas de limitación de beneficios

| | |
|--|-----|
| VI.A.- Cuestiones generales sobre la gestión de los impuestos sobre los no residentes..... | 420 |
| VI.B.- La gestión de la obligación real en EEUU y la aplicación de las cláusulas de limitación de beneficios en el convenio entre EEUU y los Países Bajos..... | 428 |
| VI.C.- La obligación real en el ordenamiento español..... | 436 |
| VI.D.- Conclusión..... | 446 |

CAPÍTULO CUARTO:

LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE BENEFICIOS Y EL DERECHO COMUNITARIO

I.- La competencia de los Estados miembros para concluir convenios para evitar la doble imposición con Estados terceros.....450

II.- La compatibilidad de las cláusulas de limitación de beneficios con el Derecho comunitario.....456

II.A.- Los convenios celebrados por Estados comunitarios con terceros Estados: referencia a los convenios celebrados con EEUU

II.A.1.- Análisis individualizado de las cláusulas de limitación de beneficios.....457

II.A.2.- Causas que justificarían las cláusulas de limitación de beneficios: Derecho comunitario y normas contra el fraude a la ley.....483

II.B.- Los convenios celebrados entre Estados miembros.....492

III.- Consecuencias de la incompatibilidad de las cláusulas de limitación de beneficios con el Derecho comunitario

III.A.- En los convenios con Estados terceros: La responsabilidad de los Estados por la infracción del Derecho comunitario.....496

III.B.- En los convenios entre Estados miembros.....509

III.C.- La resolución de los problemas de la incompatibilidad de los convenios con Estados terceros: hacia una intervención de las Instituciones comunitarias.....510

IV.- Consideración final.....514

CONCLUSIONES.....516

BIBLIOGRAFÍA.....536

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|---------|---|
| AA | Arthur Andersen |
| AEAF | Asociación Española de Asesores Fiscales |
| AEAT | Agencia Estatal de Administración Tributaria |
| AF | <i>Actualidad Financiera</i> |
| AFDUAM | <i>Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid</i> |
| ALI | American Law Institute |
| AO | <i>Abgabenordnung</i> |
| AT | <i>Actualidad Tributaria</i> |
| BICAM | <i>Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid</i> |
| BIFD | <i>Bulletin of International Fiscal Documentation</i> |
| BTR | <i>British Tax Review</i> |
| CaT | <i>Carta Tributaria</i> |
| CDFI | Cahiers de droit fiscal international |
| CDI (s) | Convenio (s) para evitar la doble imposición |
| CEF | Centro de Estudios Financieros |
| CFIT | <i>Cuadernos de Formación de la Inspección de Tributos</i> |
| CNMV | Comisión Nacional del Mercado de Valores |
| CT | <i>Crónica Tributaria</i> |
| CVDT | Convención de Viena, de 23 de mayo de 1969, sobre el Derecho de los Tratados |
| DFI | <i>Derivatives & Financial Instruments</i> |
| DGT | Dirección General de Tributos |
| EEE | Espacio Económico Europeo |
| EPE (s) | Entidad (es) Pública (s) Empresarial (es) |
| ET | <i>European Taxation</i> |
| ETVE | Entidad de tenencia de valores extranjeros |
| GF | <i>Gaceta Fiscal</i> |
| HPE | <i>Hacienda Pública Española</i> |
| IBFD | International Bureau of Fiscal Documentation |
| IEF | Instituto de Estudios Fiscales |
| IF | <i>Información Fiscal</i> |
| IFA | International Fiscal Association |
| IRC | Internal Revenue Code |
| IRS | Internal Revenue Service |
| ITR | <i>International Tax Review</i> |
| LIRNR | Ley 41/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de no Residentes |
| LIRPF | Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas |
| LIS | Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades |
| LIVA | Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido |
| LMV | Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores |

| | |
|---------|--|
| LOFAGE | Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado |
| LSA | Real Decreto Legislativo 164/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas |
| NUE | <i>Noticias de la Unión Europea</i> |
| OCDE | Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico |
| OECD | Organization for the Economic Cooperation and Development |
| ONU | Organización para las Naciones Unidas |
| PSF | <i>Perspectivas del Sistema Financiero</i> |
| QF | <i>Quincena Fiscal</i> |
| RDADF | <i>Revue de Droit Administratif et de Droit Fiscal</i> |
| RDFHP | <i>Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública</i> |
| RCT | Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos) Ed. Estudios Financieros |
| RDM | <i>Revista de Derecho Mercantil</i> |
| REDF | <i>Revista española de Derecho Financiero</i> |
| REEI | <i>Revista electrónica de estudios internacionales</i> |
| RESE | <i>Revista de Economía Social y de la Empresa</i> |
| RGD | <i>Revista General de Derecho</i> |
| RIRNR | Real Decreto 326/1999, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes |
| RIRPF | Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas |
| RIS | Real Decreto 537/1997, de 14 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades |
| RJUAM | <i>Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid</i> |
| RLDT | <i>Revista latinoamericana de Derecho tributario</i> |
| RTT | <i>Revista de Técnica Tributaria</i> |
| SE | Sociedad Anónima Europea |
| SOPARFI | Société de Participation Financière |
| TCE | Tratado de la Comunidad Europea |
| TE (s) | Technical Explanation (s) |
| TF | <i>Tribuna Fiscal</i> |
| TJCE | Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas |
| TJIT | <i>The Journal of International Taxation</i> |
| TLCAN | Tratado de Libre Comercio de América del Norte |
| TMIF | <i>Tax Management International Forum</i> |
| TMIJ | <i>Tax Management International Journal</i> |
| TNI | <i>Tax Notes International</i> |
| TPIR | <i>Tax Planning International Review</i> |
| UE | Unión Europea |
| UN | United Nations |
| VV.AA. | varios autores |
| ZEC | Zona Especial Canaria |

INTRODUCCIÓN:

Como señalan los Comentarios al art. 1 del Modelo de Convenio de la OCDE, la finalidad de los convenios para evitar la doble imposición es promover los intercambios de bienes y servicios y los movimientos de capitales mediante la eliminación de la doble imposición internacional (párrafo núm. 7). La doble imposición se elimina, en muchos de los casos, atribuyendo al Estado de residencia la tributación en exclusiva del rendimiento. En otros, se limita el gravamen que puede exigir el Estado de la fuente, teniendo el Estado de residencia la obligación de eliminar la doble imposición a través de un método de imputación o exención. En cualquier caso, hay que destacar que los efectos principales de los convenios se perciben en la tributación en el Estado de la fuente, y particularmente respecto a determinadas clases de rendimientos (dividendos y cánones). La mayoría de los Estados ha adoptado medidas unilaterales, *en calidad de Estado de residencia*, para eliminar la doble imposición internacional. Por el contrario, los Estados no suelen renunciar unilateralmente al gravamen por obligación real.

Los convenios de doble imposición pueden ser muy útiles en operaciones de planificación fiscal internacional. Especialmente, si lo que se quiere reducir es la tributación en la fuente. Bastará, en principio, con obtener el rendimiento *desde* el Estado que haya celebrado el convenio con el Estado de la fuente que reduzca en mayor medida la tributación por obligación real. Para que el convenio sea aplicable es suficiente, según el Modelo OCDE, tener la consideración de residente a los efectos del convenio en el Estado elegido, esto es, estar sujeto en ese Estado por la renta mundial obtenida. La utilización de personas jurídicas facilita sensiblemente estas operaciones, toda vez que, en muchas ocasiones, la mera constitución de una sociedad en un Estado determina también la sujeción por la renta mundial obtenida. Por lo tanto, una vez elegido el Estado *desde* el que se quiere obtener el rendimiento, será suficiente con crear allí una persona jurídica y atribuirle el rendimiento generado en la fuente, para que el mismo reciba la protección del convenio.

Estas operaciones han recibido la denominación de estructuras *treaty shopping* y son una más entre las distintas alternativas de la planificación fiscal internacional. No obstante, para que esta operación sea eficaz, es necesario, además, que el Estado desde el que se obtiene el rendimiento (Estado intermedio) no establezca un gravamen significativo sobre el mismo. Por lo tanto, para que se logren sus objetivos de estas operaciones, no sólo deben canalizarse a través del Estado con los mejores convenios, sino que también hay que tener en cuenta, a la hora de elegir el Estado que se quiere utilizar, aquél cuya legislación interna permita que no tribute el rendimiento o que lo haga a un nivel muy bajo. La configuración de estas estructuras y el marco en el que se insertan, la planificación fiscal internacional, se aborda en el primer capítulo.

La utilización de los convenios para este tipo de operaciones (*treaty shopping*), especialmente cuando son artificiosas, puede desembocar en que los convenios faciliten la evasión y la elusión fiscal. Como señalan los Comentarios al Modelo OCDE, los convenios de doble imposición no deben contribuir a lo anterior. En la primera parte del capítulo segundo se analizarán las consecuencias de este tipo de estructuras y las razones que justifican la adopción de medidas contra las mismas.

Las medidas contra el *treaty shopping* se han articulado en dos órdenes. En primer lugar, a través de la aplicación de las normas internas contra el fraude a la ley tributaria, con el fin de denegar el régimen del convenio. Existen dudas sobre la posibilidad de aplicar estas normas en el ámbito de los convenios de doble imposición. Sobre todo porque se acude a una norma interna para denegar el régimen pactado en un tratado internacional. A esta cuestión nos referiremos en el capítulo segundo del trabajo. El segundo tipo de medidas consiste en la adopción de disposiciones específicas contra el fenómeno del *treaty shopping*. Los Estados han adoptado este tipo de medidas tanto en su legislación interna como en los propios convenios.

El objeto de este trabajo consiste en el estudio de las normas específicas previstas en los convenios contra el *treaty shopping* y, en particular, de un tipo de normas, las cláusulas de limitación de beneficios (*limitation clauses on benefits*). No obstante, con carácter previo se analiza la configuración del ámbito subjetivo de los

convenios, esto es, el concepto de persona y residencia previsto en el Modelo OCDE. También se estudia el concepto de beneficiario efectivo, que se introdujo en el Modelo OCDE con la finalidad de impedir la aplicación de los convenios en supuestos de *treaty shopping*. Ante la insuficiencia de este concepto, algunos convenios, principalmente los celebrados por EEUU, han dado un paso más, que es justamente la introducción de las cláusulas de limitación de beneficios. Los conceptos de persona, residencia, beneficiario efectivo y la configuración general de las cláusulas de limitación de beneficios se abordan también en el capítulo segundo.

Según el Modelo OCDE, para que el convenio se aplique basta con tener la consideración de residente en alguno de los Estados parte. Las cláusulas de limitación de beneficios cualifican el concepto de residencia del Modelo OCDE, pero sólo para un tipo de sujetos, las personas jurídicas. Ello es lógico porque las personas jurídicas, a diferencia de las personas físicas, gozan de amplias posibilidades de creación, establecimiento y traslado que facilita la aplicación del convenio que, en su caso, se pretenda obtener.

Las personas jurídicas sólo accederán a los beneficios del convenio si, además de ser residentes en alguno de los Estados parte del convenio, tienen un vínculo suficiente con el Estado de residencia o motivos económicos válidos para obtener desde ese Estado el rendimiento generado en el Estado de la fuente. Estos dos criterios se concretan a través de la formulación de una serie de cláusulas (cláusula de cotización en bolsa, cláusula de propiedad y erosión en la base y la cláusula de actividad). En consecuencia, para que se aplique el convenio, además de ser residente, deberá cumplirse alguna de estas cláusulas. No obstante, cuando no se cumple ninguna, la Administración correspondiente concederá los beneficios del convenio si el sujeto prueba que su presencia en el Estado de residencia no tiene por única finalidad aprovecharse de la red de convenios de ese Estado (cláusula general de buena fe). En el tercer capítulo se analiza el régimen jurídico de las cláusulas de limitación de beneficios previsto en el art. 22 del Modelo de Convenio de EEUU de 1996, los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE, los convenios celebrados entre

EEUU y los Estados miembros de la Unión Europea y los convenios celebrados por España que contienen cláusulas de limitación de beneficio .

Estas cláusulas, como veremos, se han formulado en términos muy restrictivos, cuestión que plantea dos tipos de problemas. En primer lugar, de carácter procedimental, ya que, en principio, dificultan la aplicación de los beneficios del convenio, especialmente cuando su aplicación la realiza directamente el pagador de los rendimientos en el momento de practicar la retención definitiva (*withholding tax*). Al final del capítulo tercero se abordará cómo se “gestionan” los convenios que contemplan cláusulas de limitación de beneficios.

El segundo problema se refiere a la compatibilidad de las cláusulas previstas en los convenios entre EEUU y los Estados miembros de la Unión Europea con el Derecho comunitario. Estas cláusulas pueden constituir una restricción a la libertad de establecimiento, circulación de capitales y prestación de servicios cuando se ejercen tanto por personas físicas como por personas jurídicas. En el cuarto capítulo, se abordarán estas cuestiones y las posibles consecuencias de su incompatibilidad con el Derecho comunitario.

Otra vía a través de la que se pueden articular las medidas para limitar los efectos del *treaty shopping* consiste en negar la aplicación del convenio cuando un sujeto disfruta de un régimen fiscal privilegiado en el Estado de residencia. Como hemos señalado, para que estas estructuras tengan sentido, es necesario que el Estado intermedio no grave significativamente los rendimientos objeto de la estructura *treaty shopping*. Este enfoque es distinto al utilizado por las cláusulas de limitación de beneficios, ya que se refiere al régimen tributario sufrido en el Estado de residencia y no al hecho de que el sujeto tenga un vínculo suficiente con ese Estado o motivos económicos válidos para operar desde el mismo. Este enfoque, desde el punto de vista de los convenios de doble imposición, puede insertarse en el contexto de las actuaciones emprendidas por la OCDE y la Unión Europea en materia de competencia fiscal dañina (*harmfull tax regimes*). Nuestro trabajo no se orienta en este sentido, por

lo que no se abordarán con profundidad dichas actuaciones, sin perjuicio de que la alusión a las mismas, en distintos puntos del mismo, sea obligada.

CAPÍTULO PRIMERO:

LA TRIBUTACIÓN POR OBLIGACIÓN REAL Y LA PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

I.- Los criterios de sujeción al poder tributario del Estado y los convenios para evitar la doble imposición internacional

Dentro del ámbito de los problemas de la extensión de la ley tributaria en el espacio¹, la residencia y el territorio constituyen los dos criterios principales para determinar la sujeción de un sujeto al poder impositivo de un Estado².

El criterio de sujeción o *principio de residencia* se encuadra dentro de los criterios o puntos de conexión personales³. *La sujeción en virtud de este criterio se justifica con base en un vínculo cualificado de la persona con el territorio de un Estado*. La determinación de ese vínculo es una cuestión de grado y que, en cada caso, se articula sobre hechos, datos o factores de diversa índole que conectan a un sujeto con un determinado territorio⁴. A pesar de que este punto de conexión es utilizado por la generalidad de los Estados, como advierte el profesor CALDERÓN,

¹ Corresponde al profesor BERLIRI, A., *Principios de Derecho Tributario*, vol. I, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964, p. 151, la distinción entre la eficacia de la ley en el espacio y la extensión de la misma. El problema de la eficacia de la ley en el espacio se refiere a la determinación del espacio sobre el que la ley produce efectos, mientras que el problema de la extensión de la ley alude a la determinación de los hechos imponible a los que se aplica la norma.

² No podemos soslayar, como señala el profesor SAINZ DE BUJANDA, "Análisis jurídico del hecho imponible", *Hacienda y Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, vol. IV, pp. 404 a 408, recogiendo las posiciones ya sustentadas por BLUMENSTEIN y GIANNINI, que el principio de residencia y el de territorialidad no son principios diferentes y opuestos, sino que la residencia no es sino una de las manifestaciones a través de la cuáles actúa técnicamente el principio de territorialidad. Cfr. BAYONA DE PEROGORDO, J.J.; SOLER ROCH, M.T., *Derecho Financiero*, Compás, Alicante, 1989, p. 341. No obstante, como señalan los profesores BAYONA y SOLER en la obra citada (p. 342), aunque el principio de territorialidad en sentido amplio incluye las dos acepciones (residencia y territorio), en sentido estricto alude exclusivamente al principio de realidad, como contrapunto al principio de personalidad. Véase también CORTÉS DOMÍNGUEZ, M., *Ordenamiento tributario español*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 115 y 116 y LÓPEZ ESPADAFOR, C., *Fiscalidad internacional y territorialidad del tributo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 86 a 95.

³ Como es sabido, el domicilio y la nacionalidad constituyen también puntos de conexión de carácter personal, aunque su utilización es menor con respecto a la residencia. Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 26. Así, con respecto al criterio de la nacionalidad, solamente se utiliza como criterio de sujeción fiscal personal por un reducido número de Estados.

⁴ Cfr. UCKMAR, V., "Influencia del domicilio, de la residencia y de la nacionalidad en el Derecho tributario", *RDFHP*, núm. 24, 1956, pp. 580 a 582 y CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, cit., p. 27.

el estudio de su formulación en las distintas legislaciones desvela una gran heterogeneidad en la definición de los factores y vínculos que cada Estado selecciona para el establecimiento de este concepto, habida cuenta que dicha delimitación se realiza de forma autónoma y descoordinada del resto de Estados⁵.

No nos vamos a referir ahora a los problemas que puede plantear la formulación divergente del concepto de residencia. Si queremos, en cambio, significar una consecuencia de su aplicación que es común, o debe serlo en principio, a todos los criterios o puntos de conexión personales (domicilio, nacionalidad y residencia): *la sujeción por la renta mundial (worldwide taxation)*⁶. La sujeción con base a criterios personales (*obligación personal* de contribuir) determina que el contribuyente tribute por todas las rentas obtenidas con independencia del lugar en el que se hayan generado. El gravamen, en consecuencia, no depende del lugar de realización del hecho imponible, sino de la localización de la persona que lo realiza⁷. Desde el punto de vista de la extensión de la ley en el espacio, la obligación personal es ilimitada (*full tax liability*), dado que el gravamen no se restringe al territorio del Estado con el que se ha establecido el punto de conexión personal⁸.

El principio que subyace en la obligación personal de contribuir es el principio de capacidad económica. La plena realización de este principio en la imposición sobre la renta precisa del gravamen de la renta mundial obtenida por el contribuyente.

⁵ CALDERÓN CARRERRO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, cit., p. 28. A este respecto véase el estudio del concepto de residencia fiscal de varios Estados que este autor realiza en el mismo trabajo (pp. 28 a 31). La asimetría del concepto de residencia existente en los diferentes Estados, además de la utilización concurrente de otros criterios de carácter personal (domicilio y nacionalidad), es una de las causas, *aunque no la principal*, de la doble imposición internacional. Precisamente, los convenios de doble imposición, siguiendo principalmente el Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en particular su art. 4, corrigen este aspecto estableciendo normas de conflicto (*tie break rules*) para los casos en que un sujeto tiene la consideración de residente al mismo tiempo en los Estados parte del convenio. Véanse, entre otros, AVERY JONES, J., *et al.*, "Dual Residence of Individuals: The Meaning of the Expressions in the OECD Model Convention", *BTR*, núm. 1, 1981, p. 15 a 29, DAVIES, D., *Principles of International Double Taxation Relief*, Sweet & Maxwell, Londres, 1985, pp.102 a 109 y VOGEL, K., *On Double Tax Conventions*, Kluwer Law International, Londres, 1997, pp. 244 a 270.

⁶ Cfr. BUHLER, O., *Principios de Derecho Internacional Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, 1968, p. 220, ALI, *International Aspects of United States Income Taxation II*, Filadelfia, 1992, p. 128, CALDERÓN CARRERRO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, cit., p. 22.

⁷ Cfr. BAENA AGUILAR, A., *La obligación real de contribuir en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 57.

⁸ Cfr. KNECHTLE, A., *Basic Problems in International Fiscal Law*, Kluwer, Deventer, 1979, p. 36 y 64.

Solamente la imposición sobre la renta mide la verdadera capacidad económica de los sujetos pasivos si el impuesto grava el conjunto de las rentas obtenidas, con independencia del lugar en el que se hayan obtenido⁹. La importancia adquirida por este principio de justicia tributaria en los sistemas de imposición estatales explica la existencia de impuestos personales.

Por el contrario, en virtud del criterio o principio territorial de sujeción el Estado somete a gravamen aquellas rentas que se hayan producido o tengan su origen económico en su territorio. El impuesto recae sobre el contribuyente en la medida en que la renta percibida se produce en el territorio del sujeto activo del gravamen. En este caso, como señala el profesor BAENA, se puede hablar de una *obligación real*, como sinónimo de territorial, (de "res", cosa, por oposición a persona) porque, a diferencia que la imposición personal, tiene su fundamento en una relación directa entre una manifestación de riqueza y un determinado territorio¹⁰. Desde el punto de vista de la extensión de la ley tributaria en el espacio, la obligación real es limitada, toda vez que el sujeto solamente tributa por las rentas generadas en el territorio¹¹.

⁹ Cfr. UCKMAR, V., "Influencia...", *cit.*, p. 583, GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento permanente*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 41, BAENA AGUILAR, A., *La obligación real...*, *cit.*, p. 48, nota 38, CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, *cit.*, p. 72 y SOLER ROCH, M.T., "Una reflexión sobre el principio de residencia como criterio de sujeción al poder tributario", en *Presente y Futuro de la Imposición Directa*, Lex Nova-AEAF, Valladolid, 1997, p. 67. Ello no quiere decir, como señala el profesor BAENA, que en la obligación real de contribuir el principio de capacidad económica deje de estar presente. Tomando la diferenciación de GIARDINA entre capacidad económica en sentido abstracto y relativo, señala que "la obligación real de contribuir pone de manifiesto la capacidad económica en sentido absoluto, abstracto o genérico: los hechos imponible elegidos por el legislador revelan capacidad económica en la generalidad de los casos; pero no puede decirse que la obligación real denote capacidad económica en sentido relativo o concreto, pues las normas de la obligación real, al fijar el grado, el quantum en que se concreta esa capacidad abstracta, son forzosamente objetivas" (pp. 47 y 48).

¹⁰ BAENA AGUILAR, A., *La obligación real...*, *cit.*, p. 59.

¹¹ A pesar de que la mayoría de los Estados empleen criterios de sujeción reales existe cierta descoordinación entre las legislaciones de los Estados a la hora de establecer cuándo una renta se considera originada en un territorio. Ello puede dar lugar a que dos Estados, pese a seguir ambos el criterio de sujeción real, al aplicar sus puntos de conexión fiscal, consideren ambos que la renta se ha generado en su territorio. La concurrencia de criterios reales divergentes puede originar doble imposición internacional. Los convenios, siguiendo básicamente el Modelo OCDE, contribuyen a solucionar estos supuestos mediante el establecimiento de reglas uniformes de determinación del origen económico de las rentas (*source rules*). Sobre ello, entre otros, véanse, CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional en los convenios de doble imposición y en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 76 a 81 y BAENA AGUILAR, A., en *Comentarios a la LIRNR*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 148 a 181.

Además de las enunciadas, existen importantes diferencias entre los sistemas de tributación de la elección de un criterio de sujeción u otro. Principalmente, la obligación real grava separadamente cada obtención de renta por su importe íntegro sin permitirse deducir, como regla general, los posibles gastos incurridos en su obtención¹². Solamente en la obligación personal, al gravarse el conjunto de rentas obtenidas, cabe personalizar el gravamen ajustándolo a la capacidad económica del sujeto pasivo, teniendo en cuenta sus circunstancias económicas y familiares, cuando proceda¹³.

Con carácter general, los Estados utilizan simultáneamente criterios de sujeción personales y territoriales a la hora de configurar su sistema impositivo. No obstante, sí es cierto que en función de que se trate de un Estado importador o exportador de capital y tecnología se otorga preferencia a uno u otro criterio. En el primer caso, dan preponderancia al principio de imposición real y, respecto a los segundos, optan por reforzar el criterio personal¹⁴.

La utilización simultánea por parte de los Estados de criterios personales y reales de sujeción puede producir doble imposición internacional, es decir, cuando

¹² No obstante, ello solamente es predicable de la tributación por obligación real de las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente. Debido al alto grado de conexión con el territorio del no residente que obtiene rendimientos a través de un establecimiento permanente, los sistemas tributarios han evolucionado acercando su tributación cada vez más al régimen de los contribuyentes residentes que obtienen rentas procedentes de actividades económicas. Este proceso de acercamiento de la tributación del establecimiento permanente a la obligación personal de contribuir se ha denominado por la doctrina como "personalización del establecimiento permanente". Cfr. BAENA AGUILAR, A., *La obligación real...*, cit., p. 135.

¹³ Cfr. DE JUAN PEÑALOSA, J.L., "La residencia y el domicilio en la Ley General Tributaria", *CT*, núm. 50, 1984, p. 168 y CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, cit., pp. 72 y 73.

¹⁴ La primacía del criterio personal de sujeción y, en consecuencia, la preferencia del Estado de residencia sobre el Estado de la fuente, tiene lugar en los Estados que siguen a la hora de celebrar convenios para evitar la doble imposición (CDIs) las sucesivas versiones del Modelo de Convenio OCDE. Como contrapunto, los Estados que forma parte del Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino, dan prioridad absoluta al criterio territorial de sujeción y el correlativo principio de tributación en el Estado de la fuente. Lo mismo sucede en el convenio multilateral firmado en 1994 por los Estados miembros de la organización de los Estados del Caribe (CARICOM). Sobre ello nos remitimos a ATCHABAHIAN, A., "El Grupo Andino y su enfoque de la doble imposición internacional", *HPE*, núm. 32, 1975, pp. 121 a 144, la amplia bibliografía citada por LUCAS DURÁN, M., *La tributación de los dividendos internacionales*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 82, nota 97 y BIERLAAGH, H., "The CARICOM Income Tax Agreement for the Avoidance of (Double) Taxation", *BIFD*, núm. 3, 2000, pp. 99 a 110. El Modelo de Convenio de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 1980 representa un punto intermedio entre ambas posturas. Cfr. VOGEL, K., *On Double...*, cit., pp. 18 y 19.

"dos entes jurídico-públicos autónomos dotados de poder tributario independiente a nivel internacional yuxtaponen impuestos idénticos o análogos sobre un mismo hecho imponible realizado en un mismo momento temporal, gravando al mismo contribuyente y objeto imponible, de manera que, a la postre, resulta una carga fiscal global superior a la que se originaría si dicho hecho imponible se hubiera realizado con sujeción a un solo sujeto activo"¹⁵.

Así, por ejemplo, un residente de un Estado que obtiene rentas generadas en otro Estado (*Estado de la fuente*) verá cómo el *Estado de residencia*, en virtud de un criterio personal, y el Estado de la fuente, con base en un principio de sujeción real, yuxtaponen sus impuestos sobre el mismo hecho imponible.

Habida cuenta de las múltiples connotaciones negativas que tanto desde el punto de vista de los principios de justicia tributaria, como desde el punto de vista económico, origina la doble imposición internacional los Estados han articulado métodos unilaterales y bilaterales para su eliminación¹⁶.

Entre los instrumentos bilaterales destacan los convenios de doble imposición celebrados por los Estados. Gran parte de esos convenios se han negociado siguiendo las sucesivas versiones del Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

El conflicto arquetípico de la doble imposición -conurrencia de criterios personales y reales- se corrige en el Modelo OCDE a través de dos métodos¹⁷.

¹⁵ CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, cit., p. 109. Véanse también sobre el concepto y las causas de la doble imposición: DEL ARCO RUETE, L., *Doble imposición internacional y derecho tributario español*, Escuela de Inspección Financiera, IEF, Madrid, 1977, pp. 46 a 52, OGLEY, A., *Principles of International Tax*, Interfisc Publishing, Londres, 1993, pp. 32 a 43 y VAN WEEGHEL, S., *The Improper Use of Tax Treaties*, Kluwer Law International, Londres, 1998, pp. 9 a 13.

¹⁶ Sobre los principios jurídicos tributarios y económicos que fundamentan la supresión de la doble imposición internacional véanse KNECHTLE, A., *Basic Problems...*, cit., pp. 3 a 10 y CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, cit., pp. 65 a 89.

¹⁷ Como ya se ha señalado, la doble imposición internacional puede tener lugar también por la concurrencia entre sí de criterios personales y reales. Para corregir estos supuestos, el Modelo prevé normas de conflicto para resolver los supuestos de doble residencia y establece un sistema común para la determinación del origen económico de las rentas. Véase la sistematización que sobre las distintas

El primero de ellos atribuye el derecho a gravar una determinada renta con carácter exclusivo a un Estado. Como consecuencia de lo anterior, el otro Estado renuncia a gravar esas rentas. Al configurarse el Modelo OCDE sobre la base de la primacía del criterio personal de sujeción, es al Estado de residencia a quién en la mayoría de los casos se le asigna el derecho a gravar con carácter exclusivo una determinada renta. Excepcionalmente se atribuye al Estado de la fuente el derecho exclusivo de gravamen.

En el segundo método las reglas de distribución no tienen carácter exclusivo. Tanto el Estado de residencia como el de la fuente pueden gravar las rentas obtenidas en el segundo Estado. El Modelo OCDE prevé dos clases de distribución acumulativa en función del carácter limitado o ilimitado del gravamen permitido al Estado de la fuente. La atribución limitada se articula en los convenios estableciendo límites al gravamen que puede sufrir el rendimiento en la fuente. El Estado de la fuente no puede exigir un tributo que supere el "techo de imposición" previsto en el convenio. El convenio no establece ningún techo de imposición cuando la distribución acumulativa es ilimitada.¹⁸

hipótesis de doble imposición internacional realiza CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, cit., pp. 59 a 64.

¹⁸ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional en los convenios de doble imposición y en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 67. El profesor CALDERÓN considera que los tipos máximos establecidos en los convenios son auténticos tipos de gravamen. En nuestra opinión, los tipos máximos previstos en los convenios no constituyen auténticos tipos de gravamen sino exclusivamente límites o techos de imposición. La determinación de la deuda tributaria del no residente se efectúa aplicando los métodos previstos en la legislación interna y no las normas del convenio. Confirma lo anterior el hecho de que, de no estar previsto el gravamen en la legislación interna, un Estado no podría exigir al no residente gravamen alguno aplicando directamente el convenio. Así, los elementos para la determinación de la deuda tributaria los establece unilateralmente la legislación interna. El sistema de cuantificación del impuesto de la legislación interna no tiene que consistir necesariamente en la aplicación de un porcentaje sobre el importe del rendimiento bruto obtenido. La legislación interna podrá establecer el método de cuantificación que estime oportuno. La única obligación que se deriva del convenio es que el gravamen exigido, cualquiera sea el método de cuantificación previsto por la legislación del Estado, no sea superior al resultado de aplicar el porcentaje previsto en el convenio sobre el importe bruto del rendimiento. Otra cosa es que las legislaciones de los Estados regulen la tributación por obligación real en términos análogos al cálculo del techo de imposición previsto en los convenios, esto es, la aplicación de un porcentaje sobre el rendimiento bruto. En este sentido, MARTÍNEZ LAFUENTE, A., "Notas sobre la tributación de no residentes", *Impuestos*, 1986-I, pp. 114 a 117 y GONZÁLEZ POVEDA, V., "Tributación de los intereses en el convenio con los Estados Unidos", en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *Estudios sobre el convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición*, GF, Madrid, 1991, p. 246.

Cuando la distribución es acumulativa, bien con carácter limitado o ilimitado, puede producirse doble imposición al atribuirse poder tributario a ambos Estados. En estos casos, corresponde al Estado de residencia eliminar la doble imposición que se produce a través de alguno de los dos métodos para la eliminación de la doble imposición que prevé el Modelo (exención e imputación)¹⁹. Es el Estado de residencia quien asume el sacrificio recaudatorio cuando la distribución es acumulativa, porque sobre la base del principio de distribución equitativa de la riqueza en el ámbito internacional el Estado de la fuente tiene un derecho prioritario en orden a someter a imposición las rentas originadas en su territorio²⁰.

A pesar de ello, debe destacarse que los convenios para evitar la doble imposición, o por lo menos los que siguen el Modelo OCDE, limitan sustancialmente la tributación de los rendimientos por obligación real y, en consecuencia, la tributación con base al principio de territorialidad en sentido estricto. Ello sucede como consecuencia de la atribución por los convenios del gravamen exclusivo al Estado de residencia o a través del establecimiento de un techo de imposición al Estado de la fuente (*distribución acumulativa limitada*). La restricción de este criterio de sujeción tiene por finalidad eliminar la doble imposición internacional. No obstante, también ese efecto de la aplicación de los convenios puede ser útil en la planificación fiscal internacional.

II.- La tributación en la fuente (obligación real de contribuir): límites y tensiones con la residencia como criterio de sujeción al poder tributario

A pesar de que los convenios de doble imposición coordinan los criterios personales y reales de sujeción no desaparece por completo el conflicto entre ambos principios.

¹⁹ El método de exención evita que se produzca doble imposición, ya que el Estado de residencia renuncia a gravar las rentas obtenidas en el Estado de la fuente. Por el contrario, el método de imputación, aunque no evita que se produzca doble imposición, corrige sus efectos permitiendo al contribuyente deducir de su cuota el impuesto de la misma naturaleza satisfecho en el Estado de la fuente.

²⁰ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, cit., p. 75.

Respecto al principio de territorialidad, como señala la profesora SOLER ROCH, puede afirmarse que *constituye el criterio lógico de acuerdo con la configuración del poder tributario estatal entendido como manifestación de soberanía*. Desde esta perspectiva -añade la profesora SOLER- *no parece que ningún Estado soberano vaya, en principio, a no ejercer su poder tributario sobre la riqueza producida en su territorio, porque ello sería tanto como hacer dejación de una manifestación de su soberanía territorial*²¹.

La importancia de principio explica que los Estados, a pesar de utilizar criterios personales de sujeción, se muestren reticentes a renunciar al gravamen de las rentas obtenidas en su territorio por no residentes.

Este fenómeno se observa perfectamente en el ámbito de los convenios de doble imposición. El Modelo OCDE descansa sobre la prevalencia del criterio personal sobre el real, o lo que es lo mismo, del Estado de residencia sobre el Estado de la fuente. Por supuesto, la preferencia por ese criterio no llega al extremo del Convenio del Grupo Andino y del Convenio Multilateral del CARICOM, que, aunque desde el punto de vista opuesto, atribuyen en exclusiva al Estado de la fuente el derecho a gravar las rentas generadas en su territorio. El Modelo OCDE, sin llegar a dicho extremo, sí otorga carácter preferente al principio de residencia.

Las tensiones entre ambos principios, sin embargo, siguen latentes en su articulado. Del propio concepto de establecimiento permanente se ha dicho que constituye un *criterio para la resolución de conflictos entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia*²².

Las rentas de naturaleza empresarial sólo podrán estar sujetas a tributación en el Estado de la fuente si se obtienen a través de un establecimiento permanente situado

²¹ SOLER ROCH, M.T., "Una reflexión...", *cit.*, p. 67. También señala VOGEL, K., "Worldwide vs. Source taxation of income. A review and re-evaluation of arguments", *Intertax*, núm. 8/9, 1988, p. 217 y en *On Double...*, *cit.*, pp. 9 y 10, que a pesar de que los Estados utilicen criterios personales de sujeción, ello no significa que vayan a renunciar a gravar las rentas generadas en su territorio a pesar de que pertenezcan a residentes en terceros Estados. En este sentido, también, BUHLER, O., *Principios...*, *cit.*, p. 244.

²² Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento...*, *cit.*, pp. 39, nota núm. 1, 48 y 85.

en ese Estado. La atribución exclusiva en favor del Estado de la fuente explica perfectamente que la pugna entre los Estados favorables a la tributación en el Estado de residencia y los favorables a la tributación en el Estado de la fuente se centre en la restricción o ampliación de la definición de este concepto²³.

Buen ejemplo de ello es el concepto de establecimiento permanente previsto en el Modelo de Convenio de la ONU de 1980 que pretende atender las exigencias de los Estados partidarios del principio de territorialidad. En este sentido existen cambios significativos en relación con las obras de construcción, reduciéndose el plazo a seis meses, ampliando la cláusula de agencia y restringiendo las cláusulas de exclusión de la consideración de establecimiento permanente²⁴. Lo importante de este particular es hacer notar la resistencia de los Estados a renunciar a la imposición basada en el principio de territorialidad, manifestada en este caso en el concepto de establecimiento permanente.

No obstante, es necesario señalar que la problemática existente en cuanto al concepto de establecimiento permanente puede que esté dejando de ser un ejemplo del conflicto entre ambos principios y los Estados que dan preferencia a uno u otro.

²³ Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento...*, cit., p. 46. Y ello se explica, más aún, porque no sólo se atribuyen al Estado de la fuente el gravamen de las rentas de naturaleza empresarial, sino todas aquéllas vinculadas al activo del establecimiento permanente. En materia de dividendos, intereses y cánones, los convenios sólo permiten un cierto margen de tributación al Estado de la fuente. Cuando esos rendimientos están afectos al activo del establecimiento permanente, el Estado de la fuente recupera el derecho a gravar ilimitadamente esas rentas, toda vez que se consideran como un rendimiento más del establecimiento. Las disposiciones del Modelo OCDE (arts. 10.4, 11.4 y 12.3) que atribuye ese elenco de rendimientos cuando están efectivamente vinculados se suele denominar *permanent establishment proviso*. Cfr. VOGEL, K., *On Double...*, cit., pp. 565 a 570. También sucede lo mismo en materia de rendimientos profesionales. El Modelo atribuye el derecho exclusivo de gravamen al Estado de residencia salvo que se actúe en el Estado de la fuente a través de una base fija para el ejercicio de sus actividades. Habida cuenta de la similitud de este concepto con el de establecimiento permanente, la OCDE ha propuesto su eliminación integrando las rentas profesionales en los artículos que se refieren a los rendimientos empresariales y al concepto de establecimiento permanente. Cfr. el informe de la OCDE, *Issues Related to Article 14 of the OECD Model Tax Convention*, publicado en el 2000 con el núm. 7 de la serie *Issues in International Taxation* y KORT, J., "Why Article 14 (Independent Personal Services) was Deleted from the OECD Model Tax Convention", *Intertax*, núm. 3, 2001, pp. 72 a 76.

²⁴ Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento...*, cit., p. 57. En este sentido resulta muy ilustrativo el trabajo de WIJNEN, W.; MAGENTA, M., "The UN Model in practice", *BIFD*, núm. 12, 1997, pp. 574 a 585 porque se analizan las diferencias con el Modelo de la OCDE y cómo se han materializado las propuestas del Modelo de la ONU en los convenios negociados sobre el mismo. Así, en determinados casos, se han apartado del Modelo ONU para ampliar aún más el concepto de establecimiento permanente allí previsto. Es el caso de la ausencia de un plazo temporal para que una obra de construcción tenga consideración de establecimiento permanente.

Las características del comercio electrónico permiten, en muchos casos, llevar a cabo una actividad económica en un Estado sin la necesidad de tener presencia física en su territorio. El propio concepto de establecimiento permanente presupone un grado de presencia física en el territorio (lugar fijo de negocios). La ausencia de tal presencia impide, en principio, la posibilidad de que el Estado de la fuente grave los rendimientos generados por esa actividad, porque simplemente falta el presupuesto que permite iniciar la discusión acerca de si nos encontramos o no ante un establecimiento permanente.

Lo más paradójico es que sea el propio organismo que representa a los Estados que otorgan preferencia al principio de personalidad, la OCDE, quien esté realizando importantes esfuerzos para aplicar el concepto de establecimiento permanente al comercio electrónico. No es éste el lugar para detenerse en el estudio sobre la idoneidad de las propuestas de la OCDE y la problemática internacional tributaria del comercio electrónico. No obstante, no podemos soslayar que sea precisamente la OCDE quien pretenda aplicar un aspecto propio de la tributación en el Estado de la fuente, el concepto de establecimiento permanente, a los rendimientos generados por el comercio electrónico²⁵.

La lógica parece indicar, si se parte de la premisa de que la OCDE y los Estados que integran esta organización otorgan preferencia a la tributación en el Estado de residencia, que no debería existir un interés relevante por aplicar el

²⁵ La postura de la OCDE respecto a la aplicabilidad del concepto de establecimiento permanente al comercio electrónico se encuentra en el informe "Clarification of the application of the permanent establishment definition in e-commerce: changes to the Commentary on the Model Tax Convention on article 5", publicado en la página de internet <http://www.oecd.org> donde se analiza la posibilidad de considerar como establecimiento permanente a la página web a través de la que se realizan las transacciones electrónicas, o bien al servidor que utiliza esa página. Existe abundante bibliografía al respecto. Véanse, entre otros, los siguientes trabajos HURTADO GONZÁLEZ, J.F., "La aplicación del concepto de establecimiento permanente a la tributación del comercio electrónico", *REDF*, núm. 107, 2000, pp. 379 a 412, DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, A., "Establecimiento permanente y comercio electrónico", *RESE*, núm. 34, 2000, pp. 157 a 162, SKAAR, A., "Erosion of the Concept of Permanent Establishment", *Intertax*, núm. 5, 2000, pp. 188 a 194, ELVIRA BENITO, D., "El concepto de establecimiento permanente ante el comercio electrónico: una revisión necesaria", *Impuestos*, núm. 23, 2000, pp. 9 a 31 y ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "El comercio electrónico en el Derecho tributario", Revista on-line sobre Temas Tributarios *Tax net*, <http://www.taxnet.es>, mayo, 2001, pp. 9 a 13.

concepto de establecimiento permanente al comercio electrónico, ya que el mismo supone un criterio de atribución de competencias tributarias en exclusiva al Estado de la fuente.

No obstante, no es el concepto de establecimiento permanente el único lugar en el ámbito de los convenios donde se aprecia la tensión entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia. Los arts. 10, 11 y 12 distribuyen el gravamen de dividendos, intereses y cánones. Salvo en materia de cánones, el Modelo OCDE habilita al Estado de la fuente a gravar limitadamente el rendimiento, estableciendo un techo de imposición. En virtud del principio de que se parta, los Estados tratarán de negociar un techo de imposición mayor o menor en el Estado de la fuente.

Sin embargo, donde se observa con mayor intensidad la tensión referida es en el concepto de canon. Aunque según el Modelo OCDE los cánones sólo pueden ser objeto de imposición en el Estado de residencia, en la práctica, gran parte de los convenios celebrados por los Estados establecen un sistema de tributación compartida, reconociendo al Estado de la fuente un margen de tributación limitado²⁶.

Es en las cesiones de uso, autorizaciones de explotación de bienes corporales o incorporeales, transmisiones de información, etc., que caen, o pueden caer, bajo la formulación del concepto de canon donde mejor se aprecia el conflicto entre los principios de fuente y residencia. El concepto autónomo de canon, previsto en el art. 12 del Modelo OCDE, se caracteriza, entre otras cosas, por el gran número de reservas efectuadas por los Estados miembros de la OCDE. También se observan numerosas desviaciones del concepto en los convenios de doble imposición²⁷.

²⁶ Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., "Los cánones en los convenios de doble imposición y su tributación", *RGD*, núm. 579, 1992, p. 11670 y DU TOIT, C., *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, IBFD, 1999, p. 16. El Modelo de la ONU a diferencia del Modelo OCDE autoriza también al Estado de la fuente un gravamen limitado sobre los cánones. Respecto a los convenios suscritos por España, sólo los convenios con Bulgaria y Hungría atribuyen en todos los casos al Estado de residencia el gravamen exclusivo. Véase el cuadro y la explicación de los límites de imposición aplicables en ARESPACOHAGA, J., *Planificación fiscal internacional*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 277 a 280.

²⁷ Cfr. DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, cit., pp. 54 a 56.

Ello se debe a que los rendimientos derivados de muchas transacciones que podrían subsumirse bajo el concepto de canon, también podrían hacerlo bajo los conceptos de rendimiento empresarial (art. 7), rendimiento profesional (art. 14), ganancia patrimonial (art. 13) o, finalmente, el art. 22 (otras rentas) que regula las rentas no comprendidas en los preceptos anteriores del Modelo²⁸. Si se aplican los artículos citados la consecuencia siempre sería la misma, *gravamen exclusivo en el Estado de residencia*. De ahí que en la negociación de los convenios la formulación del concepto de canon tenga un papel muy importante, porque afecta directamente a la imposición en la fuente²⁹. Las categorías de rentas limítrofes con los cánones suponen la ausencia de tributación en el Estado de la fuente.

Tampoco analizaremos detenidamente aquí el concepto de canon. Solamente queremos referirnos a un supuesto en que el conflicto fuente / residencia se está manifestando con gran intensidad. Existen dudas sobre la calificación como rendimiento empresarial o canon de los pagos efectuados por transacciones realizadas en el comercio electrónico. En determinados casos, la mera realización de una transacción a través de la red puede producir que se califique el rendimiento como canon cuando, de haberse llevado a cabo por otra vía, no se hubiera dudado de la naturaleza empresarial de la renta generada por la misma³⁰.

La OCDE se ha ocupado de esta materia en varios informes. En esos trabajos se percibe claramente el conflicto entre residencia y fuente a la hora de analizar los

²⁸ Sobre la definición de canon en el Modelo OCDE y la problemática referida véase DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, cit., pp. 29 a 54.

²⁹ España, al ser un Estado importador neto de tecnología tiende a ampliar el concepto de canon en sus convenios. Así, por ejemplo, no sigue la recomendación de los Comentarios al Modelo OCDE de calificar los rendimientos de explotación de películas cinematográficas proyectadas en salas especiales o en televisión como beneficios empresariales. Cfr. DE JUAN PEÑALOSA, J.L., en *Doble Imposición Internacional*, IEF, Madrid, 1972, p. 37 y DE ARESPACOHAGA, J., *Planificación...*, cit., pp. 281 a 285. Como señala una noticia publicada en el diario *El País* el 5 de marzo de 2001 "el déficit tecnológico español se ha incrementado en un 21% en los últimos siete años [...] la balanza de pagos del Banco de España [...] demuestra la creciente dependencia tecnológica del país".

³⁰ Por ejemplo, algunos Estados sostienen que el pago realizado por la compra de un programa de ordenador en una tienda o por la mera descarga del mismo desde internet en el disco duro del ordenador no tiene la misma calificación. En el primer caso, es un rendimiento empresarial y, en el segundo, un canon.

argumentos esgrimidos "por unos y por otros" al defender la calificación como canon o rendimiento empresarial³¹.

A pesar de la fricción entre los principios de residencia y fuente que se observa en los convenios, a través de éstos se limitan ambos. Es en el proceso de negociación del convenio donde los Estados partes enfrentan sus posiciones hasta llegar a un resultado de equilibrio mutuo en cuanto a las cesiones realizadas. El principio de reciprocidad internacional preside, entonces, la celebración de los convenios, habida cuenta que se pretende una equiparación en las concesiones que, mutuamente, pueden realizarse los Estados³².

Parece lógico que en el plano de la adopción de normas para evitar la doble imposición internacional, los Estados no adopten normas unilateralmente, si no se produce la contrapartida correspondiente. Ello se percibe perfectamente en el ámbito de la tributación por obligación real. Con carácter general, no parece que un Estado unilateralmente vaya a renunciar o limitar el gravamen en la fuente de las rentas obtenidas por no residentes si no obtiene la correspondiente contrapartida, es decir, que sus residentes obtengan el mismo tratamiento cuando obtienen rendimientos en terceros Estados.

En efecto, en materia de imposición territorial la tendencia es a mantenerla y reforzarla. Buen ejemplo de ello es la formulación de los criterios establecidos en las legislaciones internas para considerar que una renta se ha generado en su territorio (*source rules*). Algunas legislaciones, con el fin de ampliar la obligación real de contribuir, formulan esos criterios de sujeción en términos tan amplios que, en determinados supuestos, difícilmente puede entenderse que el rendimiento se ha generado en el territorio de ese Estado. Al no existir norma alguna de Derecho internacional, fuera del régimen de los convenios de doble imposición, que prohíba a los Estados sujetar a imposición hechos producidos fuera del territorio, no existe

³¹ Véase el informe de la OCDE "Tax treaty characterization issues arising from e-commerce", que puede encontrarse en la página web del citado organismo.

³² Cfr. DEL ARCO RUETE, L., *Doble imposición internacional...*, cit., p. 42.

límite alguno en cuanto a la formulación de los puntos de conexión utilizados en la obligación real de contribuir³³.

Sólo en determinados aspectos se observa el proceso opuesto. Sin embargo, la limitación o renuncia unilateral a la imposición real *no tiene como fin principal evitar que se produzca doble imposición internacional*, aunque ésta sea una consecuencia inmediata de esta medida. Un claro ejemplo de lo anterior lo encontramos en la tributación de las rentas derivadas del capital mobiliario en el ámbito comunitario. Tras la aprobación de la Directiva del Consejo 88/331/CEE, de 24 de junio, que liberaliza la circulación de capitales, la generalidad de los Estados comunitarios han declarado exentos los intereses obtenidos por no residentes. Como consecuencia de la liberalización de la circulación del capital, el gravamen en la fuente constituye un desincentivo para invertir en los Estados que lo exigen. La existencia o no de imposición real tiene una influencia decisiva en los movimientos de capitales. Para evitar la "fuga de capitales", y con el fin de atraer la inversión, la imposición real sobre este tipo de rendimientos ha ido desapareciendo³⁴. Esta exención se establece sólo por razones económicas; se pretende incentivar la inversión de los no residentes exonerándolos de tributación.

Es necesario señalar, a este respecto, que la liberalización de la circulación de capitales, sin que paralelamente se hayan armonizado los impuestos que gravan los rendimientos que producen, ha provocado en el ámbito comunitario un grado significativo de competencia fiscal. En el paquete de medidas acordado por el Consejo de Economía y Finanzas de la Unión Europea el 1 de enero de 1997, para resolver los problemas generados por dicha competencia, se encuentra la propuesta de directiva

³³ La normativa española en materia de imposición sobre no residentes, a lo largo del tiempo, ha contemplado puntos de conexión en los que difícilmente podía entenderse producido en el territorio español las rentas gravadas. Algunas críticas a los puntos de conexión utilizados por la normativa española en materia de obligación real en RAMALLO MASSANET, J., "Incrementos patrimoniales por operaciones entre no residentes", *CT*, núm. 66, 1993, pp. 55 a 65 y COLLADO YURRITA, M.A., *Los no residentes sin establecimiento permanente en el IRPF*, Real Colegio de España, Bolonia, 1995, pp. 38 a 41.

³⁴ El ejemplo de la legislación española es la exención de los intereses y las ganancias patrimoniales de bienes muebles obtenidos, sin mediación de establecimiento permanente, por residentes en Estados miembros de la Unión Europea distintos de España (art. 13.1.b de la LIRNR). Cfr. BAENA AGUILAR, A., en *Comentarios a la LIRNR*, cit., pp. 185 a 191.

de 20 de mayo de 1998, destinada a garantizar un mínimo de imposición efectiva de los rendimientos del ahorro en forma de intereses dentro de la Comunidad³⁵.

Desde la óptica de nuestro estudio, es necesario señalar que la propuesta lo que pretende, al igual que sucede con los convenios de doble imposición, es que las rentas, en este caso, los intereses, *se sujeten efectivamente a tributación*, bien en el Estado de la fuente o residencia, o de forma compartida entre ambos³⁶. Para garantizar lo anterior, los Estados pueden optar entre un sistema de información, mediante el cual se comunica al Estado de residencia la obtención del rendimiento, a fin de que éste último pueda comprobar si efectivamente el contribuyente integra esa renta dentro de su base imponible, o bien, por un sistema de retención en la fuente (“modelo de coexistencia”). Si se opta por lo segundo, los intereses tributarán al veinte por ciento, debiendo el Estado de residencia corregir la doble imposición internacional que se produce³⁷.

Esta propuesta no resuelve el conflicto entre residencia y fuente, pero al menos establece mecanismos para posibilitar que la renta tribute en alguno de los dos Estados. Debido a la sensibilidad de las rentas de capital a la imposición real, lo lógico es que los Estados, como de hecho parece que va a suceder, opten por el sistema de información. Esto es lo que ha sucedido tras la reforma de la propuesta mediante la presentación de una nueva propuesta de directiva por la Comisión el 18 de julio de 2001. El sistema de intercambio de información se convierte en la regla general y el modelo de retención se mantiene solamente con carácter transitorio para

³⁵ Entre las medidas adoptadas también se incluyen la adopción del Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas y la propuesta de directiva del Consejo relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, presentada por la Comisión el 6 de marzo de 1998.

³⁶ Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., “La propuesta de directiva de imposición sobre el ahorro: algunos apuntes”, *CT*, núm. 96, 2000, p. 53.

³⁷ Según el art. 10.2 de la propuesta de 1998, el Estado de residencia concederá una deducción igual al importe del impuesto en la fuente, pero “dentro de los límites de la cuota tributaria adeudada en su territorio por tales intereses”. La propuesta opta por el método de imputación ordinaria. No obstante, para eliminar la doble imposición en los casos en que este método no lo hace, la propuesta prevé que *el Estado de la fuente* deberá devolver directamente al perceptor del rendimiento la parte del impuesto recaudado en la fuente necesaria para que la doble imposición se elimine completamente. Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., “La propuesta...”, *cit.*, p. 54.

tres Estados, Austria, Bélgica y Luxemburgo³⁸. Como consecuencia de ello, los intereses afectados por la propuesta de directiva sólo tributarán en el Estado de residencia.

Salvo supuestos aislados como el señalado, por lo general los Estados no renuncian unilateralmente al gravamen de las rentas obtenidas por los no residentes en su territorio. Esta posición puede, sin embargo, resultar contradictoria con los principios económicos que subyacen a los sistemas estatales de imposición de los rendimientos internacionales y los métodos utilizados para eliminar la doble imposición internacional.

En este sentido, suele distinguirse entre Estados partidarios de la *neutralidad de los impuestos en la exportación de capitales* y la *neutralidad impositiva en la importación de capitales*.

En virtud del principio de neutralidad en la exportación de capitales (NEC), un residente que obtiene parte de sus rentas en el extranjero debe soportar la misma carga fiscal que un residente que obtiene la totalidad de sus rentas en el territorio del Estado del que es residente. Para garantizar dicha neutralidad, el Estado de residencia elimina la doble imposición a través del método de imputación³⁹. Este método, como sostiene mayoritariamente la doctrina, protege la tributación en el Estado de residencia por la

³⁸ El mecanismo articulado por la propuesta de 2001 para eliminar la doble imposición, cuando se autoriza el gravamen en la fuente, es ligeramente distinto. Según el art. 12 de la propuesta, el Estado de la fuente (Austria, Bélgica y Luxemburgo) deberá transferir al Estado de residencia el 75 por 100 del gravamen exigido sobre el interés. Como se puede apreciar, en la propuesta de 1998, en principio, el Estado de la fuente "retenía" el montante completo del impuesto en la fuente. Con el nuevo sistema, solamente tiene derecho *ab initio* al 25 por 100. El Estado de residencia deberá eliminar la doble imposición mediante el método de imputación ordinaria (art. 14.2 de la propuesta). Si este método no elimina completamente la doble imposición, *el Estado de residencia*, y no el Estado de la fuente como sucedía en la propuesta de 1998, le devolverá al contribuyente la cantidad necesaria para que la doble imposición se elimine completamente. La razón de que en estos casos sea el Estado de residencia quien deba efectuar la devolución tiene sentido, ya que percibe un 75 por 100 del gravamen en la fuente.

³⁹ Como señala CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, cit., p. 265, el método de imputación garantiza la neutralidad en la exportación de capitales, ya que opera de manera que cuando el impuesto en la fuente es inferior al de la residencia, el gravamen global sobre la misma renta viene integrado por la diferencia de tipos impositivos, soportando a la postre, el impuesto más elevado de los concurrentes (el de la residencia) en igualdad de condiciones que los contribuyentes que obtuvieran todas sus rentas en el interior del Estado. No obstante, dicha neutralidad quiebra cuando el impuesto de la fuente es superior al de la residencia, porque el método de imputación ordinaria no permite deducir la diferencia.

renta mundial obtenida (criterio personal), porque es el mecanismo que implica la menor cesión de soberanía fiscal posible para el Estado que aplica el método⁴⁰.

Por el contrario, los Estados que persiguen la neutralidad en la importación de capitales (NIC), utilizan el método de exención para eliminar la doble imposición. Este método fortalece el derecho prioritario del Estado de la fuente, habida cuenta que el Estado de residencia renuncia al gravamen de las rentas obtenidas fuera de su territorio. Se garantiza la neutralidad en la importación de capitales, porque los sujetos que realizan actividades en un Estado distinto del de su residencia soportan una carga fiscal global semejante, cuando no idéntica, al resto de operadores que actúan en ese territorio. Al renunciar el Estado de residencia a gravar esos rendimientos, la imposición de los mismos en el Estado de la fuente no se ve alterada por la imposición en el Estado de residencia.

No es éste tampoco el lugar para analizar detenidamente ambos métodos, pero sí para significar las consecuencias que produce la utilización de uno u otro. El principio de neutralidad importadora, que implica la utilización del método de exención para eliminar la doble imposición internacional, lleva consigo la implantación de un sistema basado en el *principio de territorialidad*. Por el contrario, la neutralidad exportadora y el método de imputación protege un sistema de tributación en el *Estado de residencia* por la renta mundial obtenida. Para ello, la eliminación de la doble imposición internacional se instrumenta a través del método de imputación porque es el que produce la menor pérdida recaudatoria.

En el plano teórico, un Estado que otorgue preferencia a la tributación por la renta mundial con base en un criterio personal, no debería prestar demasiada atención a la tributación por obligación real y adoptaría el método de imputación, si es que

⁴⁰ Cfr. VOGEL, K., "Worldwide vs. Source taxation of income. A review and re-evaluation of arguments (Part II)", *Intertax*, núm. 10, 1988, p. 311 y CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, cit., p. 266. No obstante, VOGEL, en uno de sus últimos trabajos, "Which Method Should the European Community Adopt for the Avoidance of Double Taxation?", *BIFD*, núm. 1, 2002, p. 6, cuestiona que ese sea el fundamento del método de imputación. En su opinión, el método de imputación se introdujo con el fin de reconocer preferencia a efectos de gravamen al Estado de la fuente y eliminar la doble imposición en los casos que se produzca. El mismo fin podría haberse logrado utilizando el método de exención pero introduciendo una cláusula de sujeción, para los supuestos en los que el Estado de la fuente no grava los rendimientos.

decide eliminar las consecuencias de la doble imposición internacional. En el lado opuesto, un Estado que otorgue preferencia al principio de territorialidad, sólo gravaría las rentas producidas en su territorio, además de optar por el método de exención. No obstante, ninguno de los modelos los encontramos en estado puro.

Veamos el ejemplo de Estados Unidos. Su sistema fiscal opta claramente por el criterio personal de sujeción, esto es, tributación por la renta mundial obtenida. Igualmente, debido a su adherencia al principio de neutralidad en la exportación de capitales, tanto en su normativa interna como en el ámbito de los convenios de doble imposición, el método de imputación es el mecanismo principal utilizado para la eliminación de la doble imposición internacional⁴¹.

Habida cuenta de este modelo, la imposición real, como Estado de la fuente, no debería tener gran relevancia⁴². Incluso este aspecto se observa en su Modelo de convenio, porque, si se compara con el Modelo OCDE, amplía significativamente los supuestos en que el Estado de residencia tiene el derecho exclusivo a gravar los rendimientos generados en el territorio del otro Estado⁴³.

Pues bien, aunque esa pueda ser la apariencia, puede afirmarse que es *el Estado que más se ha preocupado por proteger la tributación en la fuente*⁴⁴. Quizás puede resultar contradictoria esta afirmación, toda vez que el propio Modelo EEUU y

⁴¹ Prueba de ello es que su Modelo de convenio, a diferencia que el Modelo OCDE, sólo prevé el método de imputación. Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 111.

⁴² Y de hecho fue así hasta 1936, que es cuando los EEUU reforzó la tributación en la fuente. Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 112.

⁴³ Cfr. ROSENBLOOM, H., "Review: OECD Report Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", *Intertax*, núm. 6/7, 1988, p. 181. Una comparación entre el Modelo EEUU y el de la OCDE en DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *The 1996 United States Model Income Tax Convention (Analysis, Commentary and Comparison)*, Kluwer Law International, La Haya, 1997.

⁴⁴ También la tributación con base al criterio personal (*por la renta mundial*) experimenta una protección en igual medida. Buen ejemplo de ello es el dato que EEUU es el primer Estado que introdujo en su legislación interna un sistema de *transparencia fiscal internacional* con el fin de evitar que los contribuyentes eludan o difieran la tributación sobre la base de un criterio personal (tributación por la renta mundial) mediante la acumulación de sus rentas internacionales en una sociedad constituida en un Estado de baja tributación. Otro dato que pone de relieve la energía que EEUU pone en proteger la tributación por la renta mundial, es la adopción de normas para evitar que las personas físicas eludan la tributación por obligación personal (ya sea con base en el criterio de nacionalidad o residencia) mediante cambios ficticios de residencia o la renuncia a la nacionalidad por motivos meramente fiscales. Cfr. DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, A., "La extensión de la sujeción tributaria en el Derecho comparado y la nueva Ley de Renta", *RCT*, núm. 191, 1999, pp. 177 a 180.

los convenios suscritos por EEUU descansan sobre criterios personales, atribuyendo en la medida de lo posible el gravamen exclusivo al Estado de residencia⁴⁵. Ahora bien, ello solamente sucede cuando un convenio de doble imposición es aplicable. Fuera de estos casos, la legislación interna, con carácter general, grava al treinta por ciento los rendimientos obtenidos por no residentes⁴⁶. Solamente cuando media un convenio la imposición en la fuente experimenta una considerable reducción. Unilateralmente no se elimina la imposición en la fuente.

Pues bien, incluso en el ámbito de los convenios, los EEUU han desarrollado importantes medidas para proteger la tributación por obligación real. Las normas que van a ser objeto de estudio en el presente trabajo, *las cláusulas de limitación de beneficios*, se introdujeron por primera vez, y se han desarrollado con mayor vigor, en el ámbito de los convenios celebrados por EEUU. Estas cláusulas tienen por finalidad garantizar que los beneficios previstos en el convenio sólo se concedan a los que se consideran destinatarios legítimos del mismo. Estas normas, como veremos, sólo autorizarán la concesión de la exención o imposición limitada en la fuente tras la comprobación que la persona residente en el otro Estado contratante no se ha establecido en el mismo con la única finalidad de acceder a los beneficios del convenio. Las cláusulas de limitación de beneficios restringen el acceso a los convenios de doble imposición y, por ende, la aplicación de las normas en ellos previstas que eliminan o reducen la tributación en el Estado de la fuente.

La explicación de esta postura se justifica en que los EEUU, al igual que cualquier otro Estado, pretende lograr en la negociación de sus convenios aquel convenio que se ajuste en la mayor medida posible a sus premisas de imposición. En

⁴⁵ EEUU es uno de los pocos Estados que utiliza la nacionalidad como criterio personal de sujeción. En consecuencia, los nacionales estadounidenses, con independencia de su residencia, estarán sujetos a tributación en EEUU por la renta mundial obtenida. Aunque la nacionalidad sea el criterio personal principal, también se utiliza el principio de residencia. Obviamente, este segundo criterio sólo se utiliza para los no nacionales.

⁴⁶ Cfr. MCDANIEL, P.; AULT, H., *Introduction to United States International Taxation*, Kluwer Law International, La Haya, 1998, pp. 63 a 66. Sin embargo, también en EEUU se ha procedido a la exención de determinados intereses obtenidos por no residentes con el fin de fomentar la inversión. Los siguientes intereses están exentos: intereses de bonos y obligaciones emitidas al descuento por un periodo de menos de 183 días, intereses de bonos emitidos no al descuento por empresas norteamericanas, cuando su tenedor posea menos del 10 por ciento del capital social del emisor y los intereses de depósitos en bancos norteamericanos.

el caso de los EEUU, como se ha hecho mención, la tributación conforme a un criterio personal que implica la tributación por la renta mundial obtenida. Si mantiene en su legislación interna un sistema de tributación por obligación real fuerte, además de introducir normas en sus convenios para limitar los sujetos que pueden acceder a los beneficios del convenio, es, al igual que los otros Estados, para mejorar su posición de partida en la negociación de los convenios⁴⁷. *La existencia de un nivel elevado de imposición real se utiliza como un instrumento para mejorar la posición negociadora.*

Así, por ejemplo, si se quiere negociar con el otro Estado contratante una tributación nula de los intereses en la fuente, o lo que es lo mismo, tributación exclusiva en el Estado de residencia, es más fácil que ese Estado acepte si la legislación interna los grava. Si no sucede así, el otro Estado no tendrá incentivo alguno para aceptar esa cláusula, ya que no estaría obteniendo materialmente beneficio alguno cuando actúa como Estado de residencia, porque ya la legislación interna del Estado de la fuente unilateralmente ha decidido no gravar esos rendimientos⁴⁸.

Vemos cómo la imposición territorial puede tener justificación en otros motivos distintos a la elección del criterio del territorio, como regla de sujeción principal de un sistema tributario. Los Estados que dan preferencia al criterio personal, no renuncian a la imposición por obligación real si no obtienen a cambio un tratamiento paralelo en el Estado de la fuente. Nótese que la tributación en la fuente tiene también un coste para el Estado de residencia que, en su caso, podrá ser mayor o menor, en función del método para eliminar la doble imposición que utilice

⁴⁷ Como señala BRIONES FERNÁNDEZ, L., "Planificación fiscal de la inversión española en el extranjero. Primera parte: fiscalidad española", *CaT*, núm. 48, 1987, salvo los paraísos fiscales, los Estados "suelen establecer retenciones elevadas sobre las rentas pagadas a los inversores extranjeros. Aunque suelen justificarse en consideraciones de justicia tributaria, en los países desarrollados estas retenciones tienen como finalidad principal favorecer la negociación de tratados internacionales" La idea anterior, la utilización de la imposición real como instrumento para favorecer la posición de partida en la negociación de un convenio, también se ha señalado por UCKMAR, V., "Elusión y evasión fiscal", *CDFI*, vol. LXVIIIa, Kluwer, Deventer, 1983, p. 39, GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento...*, cit., p. 401 y VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 116.

⁴⁸ Otro ejemplo son los Países Bajos. A pesar de que las autoridades fiscales consideraban que los dividendos repartidos por una filial a su matriz no deben estar sujetos a imposición real, en 1965 se creó un gravamen sobre los mismos precisamente para mejorar su posición negociadora en materia de convenios de doble imposición. Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 108.

(exención/imputación)⁴⁹. Por este motivo, es normalmente en los convenios de doble imposición donde se reduce la extensión de la obligación real, porque es aquí precisamente donde se logra el tratamiento recíproco en el otro Estado⁵⁰.

Las cláusulas de limitación de beneficios persiguen, como veremos, impedir que residentes en terceros Estados, distintos al Estado con el que se ha celebrado el convenio de doble imposición, logren la aplicación indirecta de este convenio. Si ello se produce, no está justificado que el Estado de la fuente renuncie o limite el gravamen que recae sobre los rendimientos generados en su territorio, porque cuando actúa como Estado de residencia no existe reciprocidad, es decir, sus residentes no se benefician de iguales reducciones en el Estado de la fuente⁵¹.

Finalmente, debemos significar que también en el ámbito de la aplicación de las normas comunitarias se percibe la resistencia de los Estados a renunciar a la imposición real si no se percibe un beneficio paralelo cuando se actúa desde la perspectiva contraria, esto es, como Estado de residencia.

La directiva 90/435/CEE, del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, "armoniza" la tributación de los dividendos pagados por una filial comunitaria a su matriz residente en un Estado miembro de la Comunidad. El régimen establecido responde básicamente a la siguiente idea: los dividendos no deben sufrir ni doble imposición jurídica ni doble imposición económica. Para ello, el Estado de la fuente – donde reside la filial que paga los dividendos – no puede gravar los dividendos. Paralelamente, el Estado de la matriz, como los beneficios con cargo a los que se han

⁴⁹ Si se utiliza el método de imputación, cuanto mayor sea la tributación en la fuente mayor será el importe de la deducción que el Estado de residencia debe permitir al contribuyente practicarse. El aumento de la deducción por doble imposición internacional es indirectamente proporcional con la recaudación del Estado de residencia. Cuanto mayor sea la deducción menor es la recaudación del Estado de residencia. En este sentido, KAPLAN, P., "Treaty Shopping Under the New US-Netherlands Treaty", *BIFD*, núm. 47, 1993, p. 175.

⁵⁰ Como señalan, MCDANIEL, P.; AULT, H., *Introduction...*, cit., p. 176, unos de los aspectos principales en la negociación de los CDIs de los EEUU es la negociación sobre la base del principio de reciprocidad respecto al margen de tributación en el Estado de la fuente (imposición ilimitada, limitada o nula).

⁵¹ Cfr. SHAFFNER, J., "Highlights of the new United States-Luxembourg Double Tax Treaty", *BIFD*, núm. 4, 1997, p. 165. Sobre ello incidiremos en el capítulo segundo (apartado I.C).

repartido los dividendos han tributado en el Estado de la fuente por el impuesto sobre sociedades, debe eliminar la doble imposición económica, bien renunciando a gravarlos (método de exención), bien concediendo una deducción por el importe del impuesto sobre sociedades que la filial haya pagado con respecto a los beneficios con cargo a los cuales se abonan los dividendos (método de imputación).

En virtud de la directiva, los Estados no pueden gravar por obligación real los dividendos repartidos por filiales a sus matrices comunitarias⁵². Los Estados miembros, con carácter general, no han mejorado significativamente el régimen de la directiva exigiendo un porcentaje de participación menor en el capital de la filial o bien ampliando las clases de sociedades que pueden acceder al régimen⁵³. Es decir, *no han limitado más allá su obligación real de lo estrictamente necesario para cumplir con el mandato de la directiva*⁵⁴.

No obstante, no ha sucedido lo mismo desde la perspectiva del Estado de residencia, o lo que es lo mismo, las obligaciones del Estado de residencia de la matriz. Buen ejemplo es el caso de España, que ha mundializado el régimen de la directiva para todas las matrices residentes en España⁵⁵. Así, con independencia del lugar de residencia de la filial, se permite la eliminación de la doble imposición económica a través de un sistema alternativo, exención o imputación. Asimismo, se reduce al cinco por ciento el porcentaje de participación para considerar que hay una relación de matriz / filial.

⁵² Otro sector donde los Estados de la Unión pueden perder el derecho a gravar por obligación real es respecto a los intereses y cánones pagados entre entidades vinculadas. La propuesta de directiva relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, dispone que esos rendimientos sólo se gravarán en el Estado de residencia de la entidad vinculada que los percibe. Nótese, sin embargo, que realmente donde se percibe la pérdida impositiva más significativa es respecto a los cánones, ya que unilateralmente los Estados han eliminado la imposición por obligación real de los intereses.

⁵³ La directiva fija el porcentaje mínimo para acceder al régimen en una participación de la matriz en el capital de la filial. Además, solamente se aplica el régimen cuando tanto la matriz como la filial revisten alguna de las formas jurídicas recogidas en la directiva. *Cfr.* arts. 2 y 3 y el anexo de la directiva.

⁵⁴ Ello se desprende de la descripción que VANISTENDAEL, F., "Looking back: a decade of parent subsidiary directive – the case of Belgium", *EC Tax Review*, núm. 3, 2001, pp. 154 y 155, hace de la aplicación de esta directiva en Bélgica.

⁵⁵ *Cfr.* MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.; CALDERÓN CARRERO, J.M., en *Comentarios a la LIRNR*, cit., p. 204.

Por el contrario, cuando España es el Estado de la fuente, se limita a cumplir la directiva. Siguiendo con las ideas expuestas, España no renuncia a dicha tributación si no existe un beneficio recíproco. Por este motivo, se comprende perfectamente que la disposición interna que aplica la directiva (art. 13.1.g de la LIRNR) reduzca el porcentaje de participación al diez por ciento para reconocer la exención en la fuente pero siempre "a condición de reciprocidad".

Con todo lo anterior, hemos querido poner de relieve el conflicto entre fuente y residencia, además de la resistencia de los Estados a renunciar a la imposición en la fuente. El conflicto residencia y fuente se aprecia a lo largo de todos los elementos de los convenios de doble imposición. El concepto de establecimiento permanente y canon o la utilización del método de exención o imputación son buenos ejemplos de ello. Por regla general, los Estados no renuncian a someter a imposición las rentas obtenidas por residentes de terceros Estados en su territorio, a pesar de que tanto desde el punto de vista interno, como desde el de los convenios que celebra, otorgue clara preferencia a la tributación en la residencia por la renta mundial. Cuando existe una contrapartida por dicha renuncia, como sucede normalmente en los convenios de doble imposición, se limita significativamente la imposición en el Estado de la fuente con el fin de evitar la doble imposición internacional.

La importancia que tiene la imposición territorial, bien porque el modelo de tributación responda a dicho principio, bien sea por otros motivos, explica que algunos Estados hayan introducido normas en los convenios de doble imposición para impedir su aplicación a supuestos que han considerado que no está justificada. *Como veremos, una de las causas del problema se sitúa en la debilidad de los requisitos de acceso al ámbito subjetivo del convenio que, justamente, es lo que las cláusulas de limitación de beneficios pretenden resolver.*

III.- Los convenios para evitar la doble imposición en la planificación fiscal: el *treaty shopping*

III.A.- Consideraciones previas

Es un hecho que las operaciones económicas han superado con creces los moldes de la territorialidad. El proceso de internacionalización de la vida económica se ha materializado en el fenómeno comúnmente denominado como la *globalización*⁵⁶.

Las exigencias de ese fenómeno explican que para competir en un mercado globalizado sea necesario tener presencia en más de un Estado. Por este motivo, no sorprende ya a nadie que una empresa tenga localizadas las distintas cadenas de su ciclo productivo en varios Estados⁵⁷.

Este proceso multiplica los flujos de rentas internacionales⁵⁸ y, paralelamente, la posibilidad de que se produzca doble imposición internacional, habida cuenta de la utilización simultánea de criterios de sujeción personales y reales, como se ha expuesto al inicio del trabajo.

Para evitar que el fenómeno de la doble imposición suponga un obstáculo o merme la posición competitiva es imprescindible una mínima planificación fiscal internacional⁵⁹. No obstante, *la estructura fiscal que se diseñe para el grupo debe subordinarse y ser congruente con su estructura empresarial*, de forma que pueda justificarse por sus beneficios económicos y organizativos, con independencia de su efecto sobre el gravamen soportado por el grupo⁶⁰.

⁵⁶ Cfr. RAMALLO MASSANET, J., "La directiva 90/435/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales. La experiencia española", *IF*, núm. 43, 2001, p. 12. Una descripción de este fenómeno en JEFFERY, R., *The Impact of State Sovereignty on Global Trade and International Taxation*, Kluwer Law International, Londres, 1999, pp. 15 a 23.

⁵⁷ Cfr. JEFFERY, R., *The Impact...*, cit., p. 18.

⁵⁸ Gran parte de ese flujo de rentas se produce entre entidades pertenecientes a un mismo grupo, por la deslocalización de las distintas actividades del proceso productivo de las empresas. Como señala HAMAEEKERS, H., "Precios de transferencia: Historia, evolución y perspectivas", *REET*, núm. 3, 1999, p. 10, el 60 por 100 del comercio internacional se lleva a cabo entre empresas multinacionales.

⁵⁹ Cfr. BRIONES FERNÁNDEZ, L., "Planificación fiscal de la inversión española en el extranjero. Primera parte...", cit., p. 2. Como señala el profesor PALAO TABOADA, en *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 41, 1993, p. 139, "es claro que la empresa que consiga reducir su carga fiscal mediante la adecuada planificación fiscal se encontrará en una mejor situación competitiva que otra que, pudiéndolo evitar, soporte una carga fiscal superior".

⁶⁰ Cfr. BRIONES FERNÁNDEZ, L., "Consecuencias fiscales en España de la planificación fiscal de inversiones españolas en el extranjero", *PSF*, núm. 41, 1993, p. 33. En este sentido, puede conectarse la idea apuntada en el texto con el principio de neutralidad fiscal, porque al igual que un sistema tributario responde a tal principio, como señala CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición y los métodos...*, cit., p. 86, utilizando la definición de GARBARINO, cuando las decisiones relativas a las inversiones productivas no están influenciadas de forma decisiva por las diferencias de tratamiento tributario, la estructura fiscal de una empresa debe ser congruente con su estructura empresarial, de

La estructura del grupo debe responder a la actividad que realiza. El aspecto fiscal solamente debería tener relevancia una vez que se ha determinado la estructura empresarial adecuada para competir en un mercado globalizado. Las estructuras artificiosas, con una finalidad exclusivamente fiscal, serán objeto de ataque por las Administraciones tributarias y no serán eficientes a medio plazo. Como veremos, por lo que respecta al objeto de nuestro estudio, son las estructuras artificiosas las que no podrán acceder al régimen de los convenios de doble imposición por obra de las cláusulas de limitación de beneficios. En consecuencia, *la estructura fiscal de planificación fiscal internacional que se adopte debe evitar ser artificiosa, porque es ahí donde reside su debilidad*⁶¹.

Los convenios de doble imposición contribuyen de manera esencial en dicha planificación fiscal internacional. Entre los objetivos habituales de toda planificación fiscal se pretende evitar la incertidumbre, o lo que es lo mismo, lograr la máxima seguridad jurídica. Cuando la misma se desarrolla a escala internacional, el nivel de incertidumbre aumenta, ya que a la volatilidad usual de las normas fiscales debe añadirse la necesidad de tener en cuenta los cambios que pueden producirse en todos los Estados en que se actúa⁶².

En este sentido, los convenios, además de constituir sistemas jurídicos comunes de coordinación de poderes tributarios para la eliminación de la doble imposición internacional⁶³, proporcionan un marco jurídico más estable que la legislación interna de los Estados, habida cuenta que su modificación está sujeta a un

forma que no esté influenciada exclusivamente, o de forma decisiva, por motivos meramente fiscales. Sobre el principio de neutralidad fiscal véanse NEUMARK, F., *Principios de la imposición*, 2ª ed., IEF, Madrid, 1994, pp. 280 a 301 y CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición y los métodos...*, cit., pp. 83 a 89.

⁶¹ Como señala DE ARESPACOCCHAGA, J., *Planificación fiscal...*, cit., p. 438, "el grado de consistencia de la estructura propuesta debe ser también tenido en consideración. Es frecuente que los Estados adopten medidas legislativas contrarias a la utilización de esquemas meramente instrumentales, carentes de otra justificación o contenido que reducir los costes fiscales". Cfr. SPITZ, B., *Planificación fiscal internacional*, Deusto, Bilbao, 1991, p. 117.

⁶² Cfr. BRIONES FERNÁNDEZ, L., "Consecuencias fiscales...", cit., pp. 33 y 34.

⁶³ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional en los convenios...*, cit., p. 28.

procedimiento específico de mayor complejidad que la modificación de la normativa interna⁶⁴.

El aspecto que nos interesa resaltar aquí, en cuanto al papel de los convenios de doble imposición en la planificación fiscal internacional, es que constituyen un *medio para eliminar o reducir la imposición en el Estado de la fuente*. Como hemos señalado, la adopción de estas medidas en el convenio tiene por finalidad eliminar la doble imposición internacional, bien asignando al Estado de residencia la tributación exclusiva, bien limitando la imposición en el Estado de la fuente y estableciendo un método para eliminar la doble imposición internacional en el Estado de residencia.

Dada las características de la imposición real o imposición en el Estado de la fuente, en determinados casos su reducción puede resultar imprescindible para garantizar la viabilidad de algunas operaciones. La imposición de los no residentes se caracteriza por el sometimiento a gravamen del *importe íntegro* del rendimiento obtenido en el territorio, sin deducción de gasto alguno⁶⁵. Esta objetivación del gravamen se justifica por la clara dificultad de que el contribuyente precise y la Administración compruebe qué montante de gastos es aplicable a los rendimientos obtenidos en el territorio⁶⁶. Como señala el profesor BAENA, la no deducibilidad de

⁶⁴ Como señala BRIONES FERNÁNDEZ, L., "Consecuencias fiscales...", *cit.*, p. 34, "la existencia de un procedimiento rígido para la modificación de los convenios y el carácter bilateral de las negociaciones garantizan la estabilidad de sus preceptos (el mejor ejemplo de dicha estabilidad lo encontramos en el hecho de que la mayor parte de los convenios españoles fueron firmados entre 1965 y 1975 y siguen en vigor en nuestros días sin haber sufrido variaciones importantes). Al mismo tiempo, la lentitud y transparencia del proceso negociador permiten anticipar los cambios y adaptar la estructura internacional antes de que los cambios sean efectivos". También, en este sentido, PRIETO JANO, M.J., "La planificación fiscal internacional en el ámbito de la Unión Europea. La elusión fiscal", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 11, 1995, p. 122. Un supuesto que puede distorsionar esta característica de los convenios es el *treaty override*. Esta cuestión se analizará en el apartado III.C del capítulo segundo.

⁶⁵ Como señala el profesor BAENA, *La obligación...*, *cit.*, p. 351, la idea que subyace a este sistema de imposición de los no residentes es no obstaculizar las transacciones internacionales derivadas de las mismas. El régimen general basado en el cómputo de los ingresos y gastos reales producidos en un ejercicio económico es incompatible, en la práctica, con la agilidad que requieren dichas transacciones. No es posible esperar, para transferir al extranjero los rendimientos, a la terminación del ejercicio económico y a la presentación de la correspondiente declaración.

⁶⁶ Cfr. BAENA AGUILAR, A., *La obligación...*, *cit.*, p. 352. No obstante, hay que señalar que solamente sucede lo anterior respecto a la tributación de no residentes sin establecimiento permanente. Al mismo tiempo, la tributación de las ganancias patrimoniales se equipara parcialmente al régimen de los residentes, ya que su cálculo se realiza según las normas previstas para los residentes. No obstante, al igual que los rendimientos obtenidos sin establecimiento permanente, se gravan separadamente, por lo que no cabe compensación con pérdidas patrimoniales obtenidas en el territorio.

gastos se pretende compensar con tipos de gravamen moderados. No obstante, esos tipos de gravamen son normalmente mayores que los gravámenes máximos autorizados por los convenios de doble imposición cuando permiten una imposición limitada en el Estado de la fuente.

La aplicación de los porcentajes de la legislación interna, proporcionalmente superiores a los previstos en los convenios cuando autorizan al Estado de la fuente una imposición limitada, puede dar lugar a que se estén gravando operaciones en las que realmente no se obtiene rendimiento alguno; es más, puede que se esté produciendo una pérdida. El margen de beneficio económico de una operación puede verse absorbido, incluso superado, por el gravamen real, dado que se aplica sobre el montante bruto de la operación. Por este motivo, puede que la propia viabilidad de una operación sólo sea factible si el gravamen en la fuente se reduce o elimina, finalidad que puede lograrse si se aplica un convenio⁶⁷.

En el ámbito de la fiscalidad internacional de los derivados financieros (*swaps*, futuros, opciones, *frás*, etc.) se observa perfectamente lo anterior. La viabilidad de estas operaciones depende, además de la aplicación de un convenio, de la calificación de los rendimientos generados por estas operaciones. Para analizar la problemática, desde la óptica señalada, nos referiremos exclusivamente al *swap* de intereses⁶⁸.

En este tipo de *swap* o permuta financiera se parte de una situación en que dos personas están vinculados en función de una relación crediticia nueva o existente con anterioridad. Estos contratos de préstamo son independientes entre sí y sus tipos de

⁶⁷ SAUNDERS, R., "How much longer will treaty shopping be allowed?", *TPIR*, núm. 1, 1995, p. 21 comenta un supuesto de una sociedad residente en Reino Unido que ganó un concurso para llevar a cabo una serie de proyectos en Malasia pero, como consecuencia del gravamen por obligación real, el beneficio económico de la operación desaparecía completamente. Por este motivo, el proyecto se llevó a cabo a través de una filial creada *ad hoc* en Alemania, ya que al existir convenio con Malasia el gravamen era muy inferior y la operación resultaba rentable.

⁶⁸ Sobre la configuración de los distintos tipos de *swaps* y otra serie de derivados financieros, véanse VV.AA., *Las operaciones swap como instrumento para mejorar la financiación de la empresa*, Editorial Instituto de Empresa, Madrid, 1985, FONSECA CAPDEVILLA, E., "Tributación de las operaciones financieras: opciones, futuros, swaps y frás", *CaT*, núm. 112, 1990, pp. 1 a 8, el monográfico de la IFA sobre la tributación de los derivados financieros, *CDFI*, LXXXb, Kluwer, La Haya, 1995 y el informe de la OCDE *Taxation of new financial instruments*, OECD, Paris, 1994, pp. 9 a 26.

interés están calculados en función de criterios distintos. Normalmente uno tendrá un tipo fijo y el otro variable (LIBOR, EURIBOR, etc.).

En virtud del contrato de *swap*, las partes se comprometen a efectuarse recíprocamente los pagos de intereses fijos o variables la una a la otra, sin transmitirse ni afectar para nada la obligación previa, en la que el *swap* no se inmiscuye ni interfiere⁶⁹. No se produce un cambio de la posición jurídica en los contratos de préstamos. Cada parte sigue estando obligada a pagar los intereses de su propio contrato de préstamo. Económicamente, sin embargo, se produce un cambio en la posición previa, ya que se pasa a asumir los intereses de la otra parte.

Estos pagos se producen entre las partes que celebran el contrato de *swap*, y son independientes a los pagos de intereses que las partes realizan a los sujetos con los que han celebrados los sendos contratos de préstamo. El posible beneficio o pérdida que experimentan las partes por la operación, radica en que el interés que paguen sea inferior al que en principio tenían que pagar. Así, por ejemplo, quien pasa a pagar de un interés fijo a un interés variable, obtiene un beneficio si el interés resultante del índice tenido en cuenta es inferior al tipo de interés fijo.

⁶⁹ Cfr. FONSECA CAPDEVILLA, E., "Tributación...", *cit.*, p. 2. En cuanto al *swap* de intereses la operación funciona así: La empresa A ha celebrado un contrato de préstamo con el Banco X por un millón de unidades de cuenta a un interés variable. La empresa B ha celebrado un contrato con el mismo Banco por la misma cantidad pero con un interés fijo. Las empresas A y B celebran un contrato de *swap*, independiente de los contratos de préstamo referidos, en virtud del cual A asume el importe de los intereses del préstamo de B y B hace lo propio respecto a A. Los contratos de préstamos u operación subyacente, en consecuencia, sólo se toman como referencia para el *swap*. La empresa A pasa a asumir los intereses a tipo fijo y la empresa B a tipo variable. Los pagos por el contrato de *swap* los realizan entre ellos y no al Banco. Respecto a los contratos de préstamo celebrados con el Banco, no se alteran las posiciones jurídicas, cada empresa sigue estando obligado al pago del interés acordado en cada caso. La operación puede estar motivada por una finalidad exclusivamente especulativa, o bien para asegurar la operación de préstamo. El beneficio de la operación se produce para la parte que tiene que asumir un interés inferior al que le hubiera correspondido. La parte que tenía un préstamo con un interés fijo, en virtud de la operación de *swap* pasa a soportar un interés a tipo variable inferior al fijo. La parte que tenía un tipo de interés fijo, y pasa a pagar un tipo variable, puede que obtenga un beneficio, porque éste último, como consecuencias de las posibles fluctuaciones del criterio tomado como referencia, puede llegar a ser inferior al tipo fijo de su préstamo. Lo que nos interesa destacar es que, como consecuencia de esta operación, la empresa A y B realizan entre sí pagos que, en sentido jurídico, no constituyen el pago de un interés. El posible beneficio o pérdida económica solamente se produce cuando se compensa lo que se paga al banco por el contrato de préstamo, y los pagos realizados por la otra parte del contrato de *swap*. La problemática en el ámbito internacional surge porque esos pagos se realizan entre entidades residentes en Estados distintos.

Lo que conviene destacar, a los efectos del presente trabajo, es la calificación que deben recibir los rendimientos o pérdidas derivadas de la operación de *swap*. Téngase en cuenta que el beneficio o pérdida sólo se produce cuando se compensan los pagos que las partes realizan entre sí en virtud del contrato de *swap*⁷⁰. La doctrina, mayoritariamente, califica los rendimientos que se producen como ganancia o pérdida patrimonial, cuando el contrato se realice con fines exclusivamente especulativos, o bien como rendimiento empresarial, cuando la entidad que realiza la operación es una entidad financiera o por una empresa en el curso ordinario de sus negocios y para la cobertura de los riesgos de la evolución de los intereses⁷¹. No obstante, en determinados casos las Administraciones tributarias han pretendido calificar como interés (rendimiento de capital mobiliario) esta operación⁷². Interesan, sin embargo, las implicaciones que tendría desde el punto de vista de la fiscalidad internacional si se califica la operación como interés.

De calificarse como interés, cuando la operación se realiza entre entidades residentes en Estados distintos, cada Estado gravaría por obligación real los pagos que recíprocamente realizan las partes del contrato de *swap*. Como hemos señalado, el beneficio económico se produce cuando esos pagos se compensan. Al aplicarse el gravamen real por el importe íntegro de los pagos, se estaría sujetando a imposición incluso a la parte que obtiene una pérdida en el contrato de *swap*⁷³. Incluso cuando

⁷⁰ Con un ejemplo se aprecia mejor la operación: El contrato de préstamo de la empresa A tiene un tipo fijo del 10 por ciento. Este es el tipo que paga a la entidad con la que ha celebrado el contrato de préstamo. El contrato de préstamo de la empresa B es a tipo variable. Finalmente, el criterio adoptado para calcular ese tipo de interés resulta del 12 por ciento. En la operación de *swap* A paga B unas sumas que se corresponden a un interés del 12 por ciento. La empresa B paga a A unas sumas que ascienden a un interés al 10 por ciento. B es quien percibe el beneficio, que se corresponde con la diferencia del interés pagado. Con independencia de esto, las partes siguen pagando el interés, al tipo fijado, con las entidades que han celebrado los contratos de préstamo. Económicamente, como consecuencia de la operación de *swap*, la empresa B ha conseguido pagar por ese préstamo a un tipo del 10 por 100. Sin la operación de *swap*, tanto económica como jurídicamente habría pagado ese préstamo al 12 por 100.

⁷¹ Cfr. FONSECA CAPDEVILLA, E., "Tributación...", *cit.*, p. 2, RAMÍREZ MEDINA, E., "Espagne: Les aspects fiscaux des instruments financiers dérivés", *CDFI*, LXXXb, Kluwer, La Haya, 1995, p. 515, VOGEL, K., *On Double...*, *cit.*, pp. 738 y 739 y MEDINA, E.; CARREÑO, F., "Tax Treatment of Currency Swap Payments Received by Non-residents", *DFI*, núm. 1, 1999, p. 21.

⁷² Consulta de la DGT de 17 de febrero de 1984 citada por FONSECA CAPDEVILLA, E., "Tributación...", *cit.*, p. 3.

⁷³ Utilizando el ejemplo de la nota núm. 70, la empresa A, que es quién obtiene una pérdida, vería cómo están sometido a gravamen los pagos que recibe de B. Igualmente, B vería sujetos a gravamen por obligación real los pagos que percibe de A.

medie convenio de doble imposición, la calificación de estos rendimientos como interés haría inviable la operación.

Un número importante de convenios, siguiendo el criterio establecido en el Modelo OCDE, permiten un cierto margen de gravamen al Estado de la fuente. Por mínimo que sea dicho gravamen, al aplicarse sobre el montante bruto de los pagos que recíprocamente efectúan las partes del *swap*, provocaría la inviabilidad de la operación en el ámbito internacional⁷⁴. No obstante, esta operación no puede recibir la calificación de interés a tenor de la clasificación de rentas contenida en el Modelo OCDE⁷⁵. Aunque en algunos casos no existe unanimidad sobre la calificación que en el ámbito de los convenios deben recibir los rendimientos que produce la operación, las opciones propuestas siempre determinan la competencia exclusiva del Estado de residencia para gravar los rendimientos derivados de estas transacciones⁷⁶.

Debido a la técnica de la imposición por obligación real, gravamen sobre los rendimientos brutos, la realización de las operaciones con derivados financieros sólo es viable económicamente si no existe tal gravamen. Para ello, los convenios de doble imposición tienen una importancia significativa, porque eliminan la imposición en la fuente⁷⁷.

⁷⁴ En el informe de la OCDE *Taxation of new financial instruments*, cit., se estudia detenidamente la calificación que reciben estas operaciones en los distintos Estados. Además de señalar que es prácticamente imposible calificar estos rendimientos bajo el concepto convencional de interés, señala que de hacerlo, si existe imposición real, sería económicamente inviable este tipo de operaciones.

⁷⁵ Señala ALONSO ALBO, T., "Fiscalidad de las operaciones *swap*", en *Las operaciones swap como instrumento para mejorar la financiación de la empresa*, Editorial Instituto de Empresa, Madrid, 1985, p. 199, que la definición de intereses del Modelo no cubre una operación como ésta en la que no hay una colocación del capital de la que se derivan unos rendimientos bajo cualquier forma que sea, sino meramente un intercambio de flujos monetarios que se fijan, eso sí, en función de la cantidad resultante de aplicar a un determinado importe un cierto tipo de interés, pero sin que esta forma de determinación pueda cambiar la naturaleza de la operación de tal modo que por esta simple circunstancia, los flujos de cobros y pagos derivados de tal operación para las partes participantes en la permuta vaya a constituir un cobro y/o pago de intereses.

⁷⁶ Bajo el ámbito de aplicación de los convenios se señalan tres posibilidades: beneficios empresariales (art. 7 MOCDE), ganancias patrimoniales (art. 13 MOCDE) y "otras rentas" (art. 21 MOCDE). En los tres casos, sólo el Estado de residencia puede gravar estas operaciones. La doctrina es unánime en señalar que no puede calificarse como interés, porque en modo alguno se pone capital a disposición de un tercero. Confirman lo anterior los Comentarios al art. 11 del Modelo OCDE (párrafo 21.1), al señalar que no existe una deuda subyacente. Cfr. PLAMBECK, C.; ROSENBLOOM, H.; RING, D., "Aspectos fiscales de los instrumentos financieros derivados", *CDFI*, LXXXb, Kluwer, La Haya, 1995, p. 817.

⁷⁷ Nótese que la exención de la tributación en la fuente opera a través de la calificación que deben recibir los rendimientos que estas operaciones generan. El único caso en que ello no sucedería es

También puede venir justificada la necesidad de reducir el gravamen en la fuente por la insuficiencia de los métodos para la eliminación de la doble imposición previstos en la legislación interna. Según el método de imputación ordinaria, la deducción de los impuestos pagados en el Estado de la fuente no puede exceder del importe de la cuota que correspondería pagar si los rendimientos se hubieran obtenido en el Estado de residencia⁷⁸. Debido a las limitaciones de este método a la hora de eliminar los efectos de la doble imposición, cuanto menor sea el impuesto en la fuente, más garantías tiene el contribuyente de aplicarse íntegramente la deducción de los impuestos pagados en el extranjero, evitando el límite establecido por el método de imputación ordinaria. Los convenios para evitar la doble imposición reducen la tributación en la fuente, por lo que contribuyen a la aplicación íntegra de la deducción de los impuestos pagados en el extranjero cuando el método de imputación ordinaria es aplicable⁷⁹.

No son éstos los únicos casos, sin embargo, en los que una entidad puede pretender mejorar las vías a través de las que obtiene sus rentas en otro Estado con el fin de minorar la imposición sufrida en la fuente. Es más, incluso la minoración lograda en el Estado de la fuente, simplemente por el hecho de obtener la renta a través de un Estado que sí tiene convenio con el Estado de la fuente, o que es más favorable al que en principio es aplicable, puede que no sea suficiente para conseguir

cuando la operación esté afecta al activo de un establecimiento permanente situado en el Estado de la fuente. Sin embargo, aquí no se plantea el problema señalado, porque el establecimiento tributa por el rendimiento neto. Cfr. PLAMBECK, C.; ROSENBLOOM, H.; RING, D., "Aspectos...", *cit.*, p. 818.

⁷⁸ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, *cit.*, p. 179.

⁷⁹ Debe tenerse en cuenta que el método de imputación ordinaria puede tener diversas modalidades a la hora de realizar la comparación entre el impuesto en residencia y el impuesto sufrido en la fuente por las rentas internacionales. Si se obtienen rentas en Estados diferentes, es probable que hayan sufrido gravámenes distintos, más elevados en algunos casos y menos elevados en otros. Si el método de imputación se aplica renta por renta, puede que en algunos casos quepa la deducción íntegra del impuesto extranjero y en otros no. Algunos sistemas permiten el *cross-crediting* o *averaging* en el método de imputación que consiste en la compensación entre impuestos extranjeros elevados y gravámenes foráneos más bajos a los efectos del cómputo del límite del método de imputación ordinaria. El sistema más flexible es la modalidad global del método de imputación ordinaria, que permite compensar todos los impuestos extranjeros. Al compensarse los gravámenes más altos con los más bajos, se reduce el tipo medio de gravamen y aumenta las posibilidades de deducir los impuestos pagados en el extranjero. La alternativa "país por país" es más restrictiva, porque la comparación, aunque no se hace renta por renta, se hace exclusivamente mediante el cálculo del gravamen medio del conjunto de rendimientos obtenidos en cada Estado. Sobre ello CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, *cit.*, pp. 244 a 247.

el objetivo de toda planificación fiscal internacional: *minimizar la carga tributaria global* derivada del ejercicio de actividad mercantil o la tenencia de un patrimonio, con implicaciones internacionales, mediante la elección de la vía de acción más eficiente entre todas las alternativas posibles⁸⁰.

Por este motivo, aunque el objeto de estudio son las estructuras fiscales utilizadas para reducir la imposición en la fuente a través de los convenios de doble imposición, es necesario hacer alguna referencia al marco en el que se insertan, ya que normalmente la reducción de la tributación en la fuente solamente es una de las etapas que hay que cubrir en toda planificación fiscal internacional.

III.B.- Las distintas fases de la planificación fiscal internacional: la reducción de la carga tributaria global

Siguiendo a BRIONES, en toda inversión internacional puede distinguirse tres escalones de gravamen⁸¹.

En primer lugar se encuentra el impuesto en el lugar donde se realiza la inversión (*impuesto en destino*). A la hora de planificar fiscalmente, solamente deberá tenerse en cuenta esta variable cuando la inversión se realice a través de un "vehículo" que esté sujeto a un gravamen personal sobre los beneficios obtenidos por la actividad realizada en ese Estado⁸². Entre las técnicas básicas para reducir la imposición en destino se encuentran el aprovechamiento de los beneficios fiscales que prevea esa jurisdicción, la generación de gastos deducibles y la elección del vehículo inversor más adecuado⁸³. La atribución de gastos deducibles al vehículo inversor minorará su base imponible. Esta técnica sirve también para trasladar el beneficio a otra jurisdicción, porque es a través del gasto como fluye el rendimiento hacia una tercera jurisdicción⁸⁴. En cuanto al vehículo inversor, favorecerá la reducción del impuesto en

⁸⁰ Cfr. DE ARESPACOHAGA, J., *Planificación fiscal...*, cit., p. 437.

⁸¹ BRIONES FERNÁNDEZ, L., "Consecuencias fiscales...", cit., pp. 34 a 35.

⁸² Que será normalmente cuando se realiza la operación a través de una filial o un establecimiento permanente. Como es sabido, aunque el establecimiento permanente no tiene la consideración de residente a efectos fiscales, su tributación es similar a la de las entidades residentes.

⁸³ Cfr. SAUNDERS, R., "Principles of International Tax Planning", *TPIR*, 1991, p. 3.

⁸⁴ Esta técnica se denomina también "extracción de beneficios" (*extraction of profits*). Para que la operación sea eficiente, como veremos, es necesario que la renta que produce el gasto deducible no se

el destino la utilización de una entidad en régimen de atribución de rentas cuyos partícipes residan en otro Estado.

La reducción de la base imponible a través de la imputación de gastos deducibles permite, al mismo tiempo, trasladar el beneficio hacia otro Estado de forma más sencilla que las distribuciones de beneficios mediante el pago de dividendos, si es que se actúa mediante una filial, o bien mediante la transferencia de beneficios del establecimiento permanente a su central⁸⁵. La parte del beneficio distribuido no es gasto deducible y con carácter general está sujeta a imposición en la fuente, incluso si se aplica un convenio de doble imposición⁸⁶. Aunque la mayoría de los Estados no grava los beneficios transferidos por el establecimiento permanente a su central, existen algunos Estados, entre los que se encuentra España, que sí lo hacen. Si existe ese gravamen (*branch tax*), la operación tiene las mismas desventajas que el pago de dividendos⁸⁷.

Es precisamente la reducción de la tributación de la transferencia de los rendimientos hacia otra jurisdicción, el segundo paso de la planificación fiscal

grave por obligación real, o lo sea mínimamente, en el Estado de destino. Cfr. OGLE, A., *Principles...*, cit., pp. 4 y 5. Respecto a este particular es fundamental cómo se financia la actividad, mediante aportaciones de capital o préstamos, dado el diferente régimen tributario a que son sometidos los dividendos e intereses. A pesar de que ambos son rendimientos de capital mobiliario, los intereses por la utilización de capitales ajenos son considerados gastos de la explotación empresarial fiscalmente deducibles y, por el contrario, la parte del beneficio que una sociedad reparte como dividendo no tiene la consideración de gasto fiscalmente deducible. Sobre ello RUIZ GARCÍA, J.R., *La deducción por dividendos en el sistema tributario español*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 41 a 55.

⁸⁵ Como señala DE ARESPACOHAGA, J., *Planificación...*, cit., p. 441, la elección de la forma jurídica de la inversión, bien a través de una persona jurídica independiente (una filial) o bien mediante la extensión en el Estado de un "brazo jurídico" de la propia entidad inversora (sucursal, y que tributará como establecimiento permanente), es un aspecto esencial en este primer escalón de la planificación fiscal internacional. Sobre las ventajas e inconvenientes que ofrecen estas dos fórmulas alternativas de inversión, véanse WISSELINK, M., en *International Tax Avoidance. A Study by the Rotterdam Institute for Fiscal Studies*, Kluwer, Deventer, 1979, pp. 54 y 55, BRIONES FERNÁNDEZ, L., "Planificación fiscal de la inversión española en el extranjero: Primera Parte...", cit., pp. 6 y DE ARESPACOHAGA, J., *Planificación...*, cit., pp. 441 a 443.

⁸⁶ El Modelo OCDE establece un gravamen del 15 por 100 sobre los dividendos. Son escasos los convenios que eliminan íntegramente la imposición en la fuente. Cuando se trata de inversiones de control (*direct investment*), que según el Modelo OCDE se producen cuando la participación asciende al 25 por 100, la tributación se reduce significativamente, pero no se elimina. En el ámbito comunitario sí ocurre ese particular cuando la directiva 90/435/CEE es aplicable. Por el contrario, los intereses y cánones sí son deducibles en la base imponible y en muchos casos los convenios, o bien la legislación interna de los Estados, los eximen de tributación en la fuente.

⁸⁷ Este gravamen se toma de la legislación de los EEUU. Sobre su regulación en la legislación española: GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento...*, cit., pp. 304 a 306 y LETE ACHIRICA, C., en *Comentarios a la LIRNR*, cit., pp. 271 a 273.

internacional. Como se indicó al inicio del trabajo, la mayoría de los Estados, en calidad de Estado de la fuente, sujetan a tributación los rendimientos obtenidos por no residentes en su territorio. Así, por ejemplo, el pago de dividendos, intereses y cánones a no residentes tributan por obligación real. Es aquí donde se va a centrar el objeto de nuestro estudio. Los convenios de doble imposición constituyen el instrumento principal para lograr la eliminación o reducción de la tributación en la fuente, o *impuesto en el camino*, en la terminología de BRIONES⁸⁸.

Sin perjuicio de que profundicemos posteriormente sobre ello, cabe distinguir dos formas de utilizar los convenios en este segundo escalón de la planificación fiscal internacional. Aunque se trate de mecanismos distintos, pueden utilizarse simultáneamente en una misma operación.

En primer lugar, se encuentran las conductas u operaciones denominadas como *treaty shopping*⁸⁹. La reducción de la tributación en la fuente se articula a través de la aplicación de un convenio de doble imposición. Se busca la aplicación del convenio que autorice al Estado de la fuente el menor gravamen posible⁹⁰. El convenio elegido no es aplicable en principio, pero se realizan una serie de operaciones para acceder a su ámbito de aplicación⁹¹. Normalmente será a través de la constitución de una

⁸⁸ BRIONES FERNÁNDEZ, L., "Consecuencias...", *cit.*, p. 35.

⁸⁹ El término procede de los EEUU. Está inspirado en la expresión *forum shopping* generalizada en el procedimiento civil estadounidense y que consiste en buscar, para el conocimiento de un asunto, el órgano jurisdiccional del que se espera obtener la solución más favorable. Lo mismo sucede en el *treaty shopping*, se articula de tal manera la operación para obtener el rendimiento desde el Estado que ha celebrado el convenio más beneficioso con el Estado de la fuente. *Cfr.* BECKER, H.; WURM, F., (eds.), *Treaty Shopping. An Emerging Tax Issue and its Presents Status in Various Countries*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1988, pp. 1 y 2.

⁹⁰ Eso explica, como señala CARRASCOSA MORALES, A., "Algunas repercusiones fiscales y económicas del Convenio con EE.UU. para evitar la doble imposición", *GF*, núm. 58, 1988, p. 205, que hasta 1990, fecha en la que entra en vigor el convenio entre España y EEUU, buena de las partes de las inversiones en España por parte de empresas americanas se hiciéran a través de filiales situadas en Estados como los Países Bajos y Reino Unido, con los que EEUU sí tenía convenio. Asimismo, España tenía convenio con los Países Bajos y Reino Unido.

⁹¹ Aunque exista un convenio de doble imposición con el Estado de residencia del inversor, puede que aún así sea necesario realizar una operación de *treaty shopping* porque el convenio cuya aplicación se pretende es más beneficioso. Así, por ejemplo, si lo que se percibe es un canon y el convenio aplicable en principio permite al Estado de la fuente un gravamen del 10 por 100, puede buscarse la aplicación de otro convenio que atribuya el gravamen exclusivo al Estado de residencia. El resultado es la exención del canon en el Estado de la fuente. Por ejemplo, un no residente italiano puede interesarle más percibir un canon generado en España a través de Hungría, porque este convenio, a diferencia del convenio con Italia, reduce a cero la tributación en la fuente. El convenio con Italia prevé límites de imposición de 4 y el 8 por 100.

sociedad en el Estado que ha celebrado el convenio que se ha considerado más idóneo con el Estado en el que se obtiene la renta. Es sobre este aspecto de la utilización de los convenios en la planificación fiscal internacional, sobre el que va a versar el objeto del trabajo. Posteriormente veremos cómo se articulan este tipo de estructuras y en qué condiciones deben producirse.

En el segundo tipo de operación, *rule shopping*, la finalidad principal no es conseguir la aplicación de un convenio, sino una vez que el mismo es aplicable, lograr que la renta percibida se califique de acuerdo con la categoría de rentas que reduce en mayor medida la tributación en la fuente⁹². Se trata esencialmente de un problema de calificación de rentas.

En el apartado anterior nos hemos referido indirectamente a este aspecto al analizar alguno de los problemas que plantea la definición de canon en los convenios de doble imposición. Los problemas de calificación de determinadas transacciones en las que se cede la utilización de intangibles o bienes muebles como canon o beneficios empresariales, profesionales u "otras rentas", según la estructura del Modelo OCDE, pueden dar lugar a que no exista imposición alguna en el Estado de la fuente. Si se presenta la operación en los términos adecuados, podrá evitarse la calificación que autoriza el gravamen al Estado de la fuente, o lo que es lo mismo, se logrará la calificación que atribuye al Estado de residencia el gravamen exclusivo.

Finalmente, el tercer paso en la estrategia de planificación fiscal consiste en minimizar el impuesto en el Estado de residencia del inversor (*impuesto en residencia*). La reducción de los impuestos pagados en destino y en el camino obtenida puede perderse si, en el Estado de residencia del inversor no se logra reducir el impuesto, ya que los ahorros fiscales en el extranjero supondrán una mayor base

⁹² Cfr. VOGEL, K., *On Double...*, cit., p. 119, VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 3 y PISTONE, P., "L'abuso delle convenzioni internazionali in materia fiscale", en UCKMAR, V. (Coord.), *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, CEDAM, Padova, 1999, p. 492. Señala este último autor que el objeto del abuso en el *rule shopping* son las disposiciones del convenio y no el convenio en sí mismo.

imponible en ese Estado⁹³. Para reducir este tercer escalón de la imposición, son varias las estrategias que pueden utilizarse.

Desde esta óptica, la optimización de la inversión puede canalizarse a través de normas internas o convencionales que establezcan la exención de las rentas obtenidas fuera del territorio. En este sentido, los convenios de doble imposición en muchos casos utilizan el método de exención para eliminar la doble imposición internacional. En virtud del mismo, el Estado de residencia renuncia a someter a imposición las rentas de fuente extranjera, lo que produce la ausencia de imposición en el Estado de residencia del inversor⁹⁴. También el ámbito de las legislaciones de los Estados como en el comunitario existen disposiciones análogas⁹⁵. Además de las posibles medidas para evitar la doble imposición internacional, bien se encuentren en el ámbito interno o convencional, deben tenerse en cuenta los posibles beneficios fiscales que los Estados adoptan para incentivar las inversiones en el exterior. Su aplicación, cuando estén previstos, produce un efecto minorador significativo en el impuesto a pagar en el Estado de residencia del inversor⁹⁶.

⁹³ Como señala BRIONES FERNÁNDEZ, L., "Las inversiones españolas en el exterior. Estructuras internacionales", materiales de la ponencia presentada el 17 de diciembre del 2000 en el curso del CEF sobre *Planificación fiscal internacional*, p. 13, en esta tercera fase hay que "evitar que los ahorros fiscales obtenidos en el extranjero se conviertan en un aumento del impuesto a pagar" en el Estado de residencia del inversor.

⁹⁴ El Modelo OCDE propone como método general para eliminar la doble imposición internacional el método de exención. No obstante, esa propuesta tiene su excepción con respecto a los dividendos, intereses y cánones. Aquí se aplica el método de imputación. No obstante, incluso cuando este método es aplicable puede eliminarse la imposición en el Estado de la residencia, porque se establezcan en el convenio, o en la legislación interna, medidas adicionales para eliminar la doble imposición económica internacional (especialmente en materia de dividendos) o por la existencia de cláusulas *tax sparing* para este tipo de rendimientos.

⁹⁵ Respecto al caso español, es paradigmático el art. 20bis de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS) que establece una exención de los dividendos y ganancias patrimoniales obtenidas por la tenencia de participaciones en entidades no residentes. En el plano comunitario, cabe destacar la directiva 90/435/CEE, en materia de matrices y filiales, cuyo art. 4 establece la obligación de los Estados de arbitrar un método de exención o imputación para eliminar la doble imposición económica internacional de los dividendos repartidos por las filiales comunitarias a sus matrices comunitarias. Incluso en los Estados que se opte por el método de imputación, en muchos casos materialmente la aplicación de este método supondrá la no imposición en el Estado de residencia del inversor. Sobre la aplicación de la directiva en el ordenamiento español véase el trabajo del profesor RAMALLO, "La directiva 90/435/CEE...", *cit.*, pp. 11 y ss.

⁹⁶ En el ámbito español hay que destacar la deducción por inversiones por implantación de empresas en el extranjero (art. 20. Cuarter de la LIS), la bonificación por actividades exportadoras (art. 32 LIS) y la deducción por actividad de exportación (art. 34 LIS).

Otro elenco de alternativas para reducir la imposición a este nivel consiste en modificar la jurisdicción fiscal desde la que se obtiene la renta. Por un lado, el inversor podría cambiar su residencia a un Estado de baja tributación. No obstante, estos cambios son problemáticos desde el punto de vista fiscal, tanto si se trata de una persona física como de una persona jurídica.

Respecto a las personas físicas, las legislaciones internas tienden a establecer "normas de cuarentena" que implican la extensión de la obligación tributaria. En virtud de estas normas el contribuyente seguirá teniendo la condición de residente, y tributará por la renta mundial obtenida, durante un período de tiempo a partir del momento en que se efectúa el cambio de residencia⁹⁷.

Por lo que respecta al traslado de la residencia fiscal de las personas jurídicas, especialmente si no media convenio de doble imposición, el cambio entraña serias dificultades tanto desde el punto de vista tributario como mercantil. Baste con señalar que difícilmente una sociedad constituida conforme al Derecho español podrá modificar su residencia fiscal, porque el mero hecho de la constitución conforme a las leyes españolas determina la consideración de residente a los efectos del Impuesto sobre Sociedades (*cfr.* art. 8.3.a LIS). De no mediar convenio de doble imposición, deberá disolverse y constituir una nueva sociedad en el lugar donde quiera ser considerado residente a efectos tributarios⁹⁸. Desde el punto de vista tributario, también inciden significativamente los gravámenes establecidos por las legislaciones internas sobre las plusvalías latentes cuando una entidad transfiere su residencia fiscal a un tercer Estado (*exit tax*)⁹⁹.

⁹⁷ Este tipo de normas antielusivas se aplican por los Estados cuando el cambio se produce hacia una jurisdicción de baja tributación. En el ámbito español, según el art. 9.3 de la Ley 40/1998, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), no perderán la condición de residente y, por lo tanto la obligación de tributar por la renta mundial obtenida, las personas físicas de nacionalidad española que trasladen su residencia a un territorio calificado como paraíso fiscal por el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio. Esta regla se aplicará en el período impositivo en que se efectúe el cambio de residencia y durante los cuatro períodos impositivos siguientes.

⁹⁸ Y puede que ni siquiera sea suficiente, porque si la sede de dirección efectiva de la sociedad que se crea en otro Estado radica en España también tendrá la consideración de residente (art. 8.3 LIS).

⁹⁹ Gravamen previsto en la legislación española en el art. 17.a) de la LIS.

La segunda opción, consiste en *acumular los rendimientos obtenidos en una entidad residente en un Estado de baja tributación*. A diferencia que en el supuesto anterior, el inversor inicial no modifica su residencia, sino lo que hace es redirigirlas hacia una entidad creada *ad hoc* en una jurisdicción de baja tributación (*shifting the income from the tax payer to the base company*). Esta opción pasa, como señala el profesor CALDERÓN, por la constitución de una entidad en un área de baja tributación, cuya función sería recibir las rentas que de otra forma obtendría directamente la sociedad titular original de las mismas¹⁰⁰.

En el lenguaje internacional se denomina a este tipo de sociedades como sociedades base (*base company*)¹⁰¹. Se utilizan para reducir el *impuesto en residencia*. Desde un punto de vista jurídico, las rentas redirigidas hacia la sociedad base no son imputables al titular original de las mismas, evitando, por consiguiente, que tributen en el Estado en el que es residente. Desde un punto de vista económico, sin embargo esas rentas podrían serle imputables, habida cuenta que controla el capital de la sociedad base.

La minoración del impuesto en residencia se mantiene en tanto en cuanto la sociedad base no repatrie las rentas acumuladas hacia el Estado de residencia de su titular original mediante, por ejemplo, la distribución de beneficios. Se produce fundamentalmente un diferimiento del *impuesto en residencia* a través de la utilización de sociedades base (*tax deferral*)¹⁰². No obstante, también es posible eludir la tributación cuando las rentas se repatrian logrando que se consiga algo más que un mero diferimiento (*secondary sheltering*)¹⁰³.

¹⁰⁰ CALDERÓN CARRERO, J.M., "Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal", en GARCÍA NOVOA, C.; LÓPEZ DÍAZ, A., (Coords.), *Temas de Derecho penal tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 216.

¹⁰¹ Así las denomina la OCDE en su informe "Double Taxation Conventions and the use of Base Companies". Concretamente el párrafo primero del informe señala que las sociedades base son aquéllas situadas en Estados de baja tributación con el fin de acumular rentas para evitar su tributación en el Estado de residencia del titular original de las mismas. La doctrina española utiliza también otros términos como *sociedades pantalla* o *sociedades refugio*.

¹⁰² Cfr. RPAKKO, A., *Base Company Taxation*, Kluwer, 1989, pp. 16 y 171.

¹⁰³ En su informe sobre las sociedades base, la OCDE señala las siguientes: a) distribuir las rentas acumuladas en forma de dividendo si es aplicable una exención en el Estado de residencia por estos rendimientos b) destinar las rentas acumuladas a inversiones en otros Estados c) repatriar las rentas a través de la concesión de un préstamo d) transmitir las participaciones en la sociedad base, habida cuenta del régimen tributario favorable existente en muchas jurisdicciones respecto a las ganancias

A pesar de que el concepto de sociedad base suele utilizarse para describir la situación anterior, no siempre tiene un mero componente fiscal. En muchos casos, su constitución no es exclusivamente para reducir el impuesto en residencia, sino, por ejemplo, para centralizar determinadas operaciones de un grupo¹⁰⁴. Puede que existan motivos económicos válidos que justifiquen su existencia.

La utilización de sociedades base implica una erosión del principio de tributación en el Estado de residencia por la renta mundial obtenida. La tributación por obligación mundial experimenta una minoración sensible al eludir esta norma de sujeción mediante la interposición de una sociedad base. Para ello las legislaciones de los Estados han arbitrado normas para imputar directamente las rentas obtenidas a su titular económico, sin necesidad de esperar a que la sociedad base proceda a su repatriación, si es que en algún momento se llega a producir. La legislación española denomina este sistema de imputación de rentas como *transparencia fiscal internacional*¹⁰⁵.

Como señala SANZ GADEA, por mediación de las normas sobre transparencia fiscal internacional, bajo determinadas circunstancias, las rentas obtenidas por entidades no residentes (las sociedades base) tributarán en el Estado de residencia de

patrimoniales. Cfr. parágrafo núm. 12 del informe, FERNÁNDEZ PÉREZ, J.R., "Medidas y disposiciones contra la elusión fiscal internacional a través de sociedades base y de sociedades instrumentales", *CFIT*, núm. 14, 1991, pp. 6 y 7 y CARRASCO REIJA, L.; CARRASCO REIJA, J., *Planificación fiscal internacional*, CEF, Madrid, 1993, pp. 11 y 12.

¹⁰⁴ RAPA KKO, A., *Base...*, cit., pp. 1 a 3 y 87 a 89, analiza los distintos conceptos de sociedad base propuestos por la doctrina internacional. Critica que solamente se defina ese concepto en atención al aspecto fiscal. En su opinión, la sociedad base se distingue porque la mayoría de sus operaciones las realiza con Estados distintos al Estado del que es residente, sin perjuicio de que eventualmente realice alguna operación interior. Asimismo, es característico de la sociedad base que esté controlada por personas residentes en terceros Estados. La sociedad base, en su opinión, no tiene siempre el componente fiscal descrito, sino que puede que cumpla una función económica válida dentro de la estructura del grupo. Precisamente, y en consonancia con un principio básico de la planificación fiscal señalado al comienzo de este apartado, *solamente cuando la sociedad base no sea congruente con la estructura empresarial y responda a una finalidad meramente fiscal, podrá ser objeto de ataque por las Administraciones tributarias*.

¹⁰⁵ EEUU es el primer Estado que introdujo en su legislación la transparencia fiscal internacional o normas CFC (*Controlled Foreign Corporation*). Cfr. SERRANO ANTÓN, F., "La transparencia fiscal internacional en los ordenamientos español y americano", en *Presente y futuro de la imposición directa en España*, AEAF-Lex Nova, Valladolid, 1997, p. 650.

las personas o entidades jurídicas que las controlan¹⁰⁶. Con estas normas se pretende dar coherencia a los sistemas tributarios basados en el principio de gravamen por la renta mundial obtenida en el Estado de residencia. *La coherencia de dicho sistema exige que la obligación por la renta mundial obtenida no pueda ser preterida mediante la desviación de rentas hacia entidades no residentes*¹⁰⁷.

En definitiva, como señala la OCDE, se trata de medidas tributarias que protegen la tributación por la renta mundial en el Estado de residencia (*taxation from the top*)¹⁰⁸. No obstante, conviene insistir que estas normas solamente se van a aplicar cuando la única actividad de la sociedad base es obtener rentas de carácter pasivo. Con carácter general, si realiza una actividad empresarial, la transparencia fiscal internacional no se aplica. Solamente las estructuras artificiosas que tengan una finalidad exclusivamente fiscal, serán objeto de ataque por las Administraciones tributarias¹⁰⁹.

Como conclusión a todo lo anterior, la planificación fiscal internacional debe fijarse en la optimización de los impuestos en destino, en el camino y en residencia. La estructura fiscal que se adopte debe ser congruente con la estructura empresarial, porque de lo contrario puede verse afectada por medidas, tanto unilaterales como bilaterales, para evitar planificaciones que respondan a motivos exclusivamente fiscales, con un claro cariz elusor.

¹⁰⁶ SANZ GADEA, E., *Transparencia fiscal internacional*, CEF, Madrid, 1996, p. 14.

¹⁰⁷ Cfr. SANZ GADEA, E., *Transparencia...*, cit., p. 14.

¹⁰⁸ "Double Tax Conventions and the Use of Base Companies" (párrafos 18 y 19). Estas medidas para proteger la tributación por obligación personal en el Estado de residencia (*taxation from the top*) se contraponen a las que protegen la tributación en la fuente (*taxation from below*). Las cláusulas de limitación de beneficios previstas en los convenios se insertan en ese segundo núcleo, ya que están dirigidas a negar la aplicación del convenio respecto a estructuras *treaty shopping* que exclusivamente pretenden minorar la tributación en la fuente.

¹⁰⁹ Del análisis realizado por SANZ GADEA, E., *Transparencia...*, cit., pp. 229 a 233, de las normas en esta materia en varios Estados, se deduce que la transparencia fiscal internacional se aplica fundamentalmente a las rentas pasivas (dividendos, intereses, cánones y ganancias patrimoniales). No obstante, también se aplican a rentas procedentes de actividades empresariales deslocalizadas y en algunos casos a rentas de actividades empresariales no deslocalizadas. Este último caso puede producirse cuando el sistema de imputación utilizado no es en función de la renta (*transactional approach*), sino que se procede a la inclusión de todas las rentas de la sociedad base, salvo que se produzcan determinadas circunstancias (*entity approach*). La problemática respecto a este último radica que las excepciones se suelen basar en conceptos jurídicos indeterminados portadores de elementos subjetivos, lo que dificulta su aplicación.

III.C.- La reducción de la tributación en la fuente a través de los convenios de doble imposición. Las estructuras *treaty shopping*

Las estructuras *treaty shopping* se sitúan en el segundo escalón de la planificación fiscal internacional, esto es, cuando el rendimiento “va de camino” al Estado de residencia. El objetivo consiste en eliminar o reducir la tributación por obligación real en el Estado en que se ha generado la renta (Estado de la fuente) a través de la utilización de un convenio de doble imposición.

La situación típica de partida es la siguiente: Una entidad residente en el Estado R (residencia) obtiene una renta en el Estado F (fuente). Este último grava fuertemente las rentas obtenidas en su territorio por no residentes, salvo que medie un convenio de doble imposición. Como consecuencia de su aplicación, esas rentas no resultarían gravadas por el Estado F (porque el convenio atribuye el derecho exclusivo de gravamen al Estado de residencia), o bien sufrirían una tributación sensiblemente inferior, porque el convenio establece un techo de imposición. No existe convenio de doble imposición aplicable entre los Estados R y F. Puede suceder también que a pesar de existir un convenio de doble imposición, el Estado F haya celebrado otros convenios que reducen en mayor medida la tributación en la fuente que el convenio celebrado con el Estado R.

La entidad residente en el Estado R desarrollará una estructura *treaty shopping* para beneficiarse de las condiciones ventajosas que ofrecen los convenios de doble imposición firmados por Estados terceros con el Estado de la fuente. Con carácter general, lo hará mediante la creación de una sociedad en el Estado con el que el Estado de la fuente ha celebrado el convenio que quiere utilizar. La sociedad intermedia o sociedad conductora (*conduit company*) deberá tener la consideración de residente a los efectos de aplicación del convenio. Si no fuera así, la operación podría ser inútil¹¹⁰.

¹¹⁰ Como señala SPITZ, B., *Planificación...*, cit., p. 119, si se confía en un convenio ante todo hay que comprobar si es aplicable.

Como en toda planificación fiscal, el objetivo consiste en reducir la tributación global. Así, para que el desarrollo de este tipo de estructuras tenga sentido económico, no sólo es necesario reducir la tributación en el Estado de la fuente, sino también lograr que la tributación en el Estado de residencia de la sociedad instrumental sea nula o, al menos, muy reducida.

Normalmente, el objetivo de las rentas percibidas no es permanecer en la sociedad intermedia o conductora, sino que *se distribuirán hacia el Estado de residencia del titular original de la renta, o bien se acumularán en una entidad residente en una jurisdicción de baja tributación (sociedad base)*¹¹¹. En este segundo paso, para garantizar la eficiencia y viabilidad de la estructura, es imprescindible también que el Estado de residencia de la sociedad conductora no sujete a tributación por obligación real las rentas que se transfieren al extranjero.

Si no se dieran los dos elementos adicionales expuestos, *ausencia o reducida tributación efectiva de la renta obtenida por la sociedad intermedia (por obligación personal) y de su transferencia posterior (por obligación real)*, el beneficio obtenido por la estructura *treaty shopping*, reducción de la tributación en el Estado de la fuente en virtud de un convenio de doble imposición, se perdería¹¹².

Como puede observarse, *esta estructura no es sólo resultado de la utilización del convenio de doble imposición más beneficioso, sino que exige además combinar hábilmente esto último con las normas internas del Estado intermedio elegido para*

¹¹¹ Como puede observarse la utilización de sociedades base e intermedias o conductoras puede darse conjuntamente. Es más, la propia sociedad intermedia puede tener, a su vez, la condición de sociedad base, si se utiliza también para acumular rentas y no como mero instrumento para canalizarlas hacia un tercer Estado. Sin embargo, las normas que reaccionarán contra este tipo de conductas cuando se utilizan, sin concurrir motivos económicos válidos, son muy distintas. Respecto a las sociedades base, el principio de tributación por la renta mundial se restablecerá mediante la transparencia fiscal internacional. Respecto a las sociedades intermedias, las cláusulas de limitación de beneficios protegerán la obligación real de contribuir.

¹¹² Cfr. parágrafo núm. 4 del informe de la OCDE, "Double taxation conventions and the use of conduit companies", publicado en 1987 en el primer número de *Issues on International Taxation*, bajo el título *International Tax Avoidance and Evasion. Four Related Studies*. También puede encontrarse en el volumen segundo de *Model Tax Conventions on Income and on Capital*, OECD, París, 1997.

*realizar la operación*¹¹³. De ahí que *los convenios no son la única variable que debe tenerse en cuenta, sin perjuicio de que, el principal efecto querido, la reducción de la tributación en el Estado de la fuente, se logra a través de ellos*¹¹⁴. Asimismo, debe tenerse en cuenta que no sólo son relevantes los aspectos tributarios. Entre otros aspectos, tendrán una importancia básica las facilidades que la legislación civil y mercantil de los Estados otorguen para la creación de "entes" que tengan la consideración de personas a los efectos de la aplicación de los convenios¹¹⁵.

Al igual que en todas las decisiones en materia de planificación fiscal, el análisis coste-beneficio de las estructuras que se emplean es fundamental. Como parece lógico, sólo debe articularse la obtención de rentas a través de este tipo de estructuras si la carga tributaria final, resultante del planteamiento fiscal elegido, es sustancialmente menor a la que se habría soportado inicialmente¹¹⁶. Asimismo, para evitar que estas estructuras puedan ser objeto de ataque por las Administraciones tributarias y, fundamentalmente, a través de las cláusulas de limitación de beneficios introducidas en los convenios, es necesario otorgar un cierto grado de sustancia económica y coherencia en la estructura empresarial a la sociedad intermedia.

A continuación expondremos las estructuras básicas utilizadas. Debe tenerse en cuenta que, por las características del trabajo, sólo es posible analizar aquí estas cuestiones desde un punto de vista abstracto. En cada caso, habida cuenta que el diseño de la estructura está estrechamente ligado a los convenios de doble imposición y a la legislación vigente en cada Estado, el planificador fiscal deberá tomar en

¹¹³ Cfr. parágrafo núm. 22 del informe de la ONU, *Contributions to International Co-operation in tax matters (Treaty shopping, thin capitalization, co-operation between tax authorities, resolving international tax disputes)*, Ref. ST/ESA/203, UN, Nueva York, 1988.

¹¹⁴ Como señala en el parágrafo 22 del informe de la ONU, *Contributions...*, *cit.*, ese mismo efecto podría conseguirse a través de una norma interna, pero los convenios garantizan un grado superior de seguridad jurídica, dado que eliminan la incertidumbre que genera la volatilidad de las normas internas. En el ámbito comunitario, dicha seguridad jurídica puede garantizarse por la aprobación de la correspondiente norma (reglamento o directiva), habida cuenta que su modificación exige unanimidad por parte de los Estados miembros (art. 94 del TCE).

¹¹⁵ Como veremos detenidamente en el capítulo siguiente, para acceder a los convenios, antes de tener la condición de residente a esos efectos, es necesario tener la consideración de persona. Así, por ejemplo, muchos Estados, como España, no reconocen a los *trusts*.

¹¹⁶ Cfr. SAUNDERS, R., "Principles...", *cit.*, p. 4 y DE ARESPACOCCHAGA, J., *Planificación...*, *cit.*, p. 438.

consideración estos factores a la hora de definir su estructura¹¹⁷. No obstante, a efectos ilustrativos, se indicará qué jurisdicciones pueden atender mejor a las exigencias básicas ya enunciadas.

Distinguiremos entre dos tipos de técnicas. Por un lado, las que no suponen la utilización de una sociedad creada al efecto y, por otro lado, las que la estructura se diseña en función del establecimiento de una sociedad en el Estado que ha suscrito con el Estado de la fuente el convenio que se quiere utilizar.

III.C.1.- Utilización en la estructura de figuras no estrictamente societarias: los contratos de colaboración, la fiducia y el *trust*

Normalmente las estructuras *treaty shopping* se articulan mediante la constitución de una sociedad en el Estado que ha suscrito el convenio que se quiere utilizar. La finalidad del *treaty shopping* es acceder al régimen de un convenio de doble imposición que no es aplicable. Para que ello sea posible, es necesario situar una persona que tenga la consideración de residente a los efectos de la aplicación de los convenios¹¹⁸.

Las rentas pasarán a ser obtenidas a través de dicha sociedad. Ello exigirá que los activos que generan los rendimientos en el Estado de la fuente, como por ejemplo las participaciones en el capital de una sociedad que paga dividendos, o que las operaciones sean realizadas desde esa sociedad (concesión de préstamos, concesión de licencias de explotación de un intangible, etc.), sin perjuicio de su posterior distribución a una sociedad base o a la entidad titular original de los activos o realizadora de las operaciones.

¹¹⁷ La estructura, a su vez, debe ser flexible para poder acomodarse a los cambios que puedan producirse. Cfr. BRIONES FERNÁNDEZ, L., "Consecuencias...", *cit.*, p. 34.

¹¹⁸ Como veremos en el capítulo siguiente, no basta que la persona tenga la consideración de residente a efectos fiscales según la legislación interna del Estado para acceder al convenio. Es necesario, además, que en virtud de ese criterio de sujeción, dicha persona esté sujeta a tributación por la renta mundial obtenida. De no ser así, podrá tener la consideración de residente a los efectos de la legislación interna, pero no a los efectos de la aplicación del convenio de doble imposición. La sujeción por la renta mundial obtenida es un requisito para tener la consideración de residente a efectos del convenio y, en consecuencia, para poder situarse dentro de su ámbito subjetivo.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, en estos casos la sociedad intermedia o conductora es titular de los activos que producen los rendimientos originados en el Estado de la fuente y dispone, igualmente, libremente de éstos últimos. Los rendimientos se perciben en nombre y por cuenta propia. No obstante, en determinados casos puede accederse al régimen del convenio sin la necesidad de que sea una sociedad la que perciba el rendimiento en nombre y por cuenta propia.

A través de la celebración de negocios jurídicos que implican la gestión de asuntos ajenos (mandato, comisión, agencia, etc.) puede conseguirse, en algunos casos, el mismo objetivo: *obtener el rendimiento a través del Estado que ha celebrado el convenio con el Estado de la fuente que reduce la imposición en mayor medida*. Así, por ejemplo, en el ámbito español, y debido a la fiscalidad de las operaciones de reaseguro realizadas con no residentes, ha motivado que las entidades reaseguradoras no residentes que no pueden beneficiarse de un convenio celebrado con España, utilicen frecuentemente *brokers* (agentes) radicados en Estados con los que España sí ha firmado un convenio con el fin de canalizar a través de ellos la cesión de primas¹¹⁹.

Normalmente cuando se articula la obtención de la renta, y para facilitar la aplicación del convenio por el Estado de la fuente, la actuación representativa del "gestor de negocios ajenos" residente en el Estado que ha celebrado el convenio elegido, tendrá carácter mediato, porque no revelará el hecho de que actúa por cuenta ajena¹²⁰. En consecuencia, la actuación del agente intermedio será en nombre propio (*agere nomine proprio*), aunque, como parece lógico, siempre por cuenta ajena. Los efectos del asunto gestionado recaen en la esfera del principal¹²¹.

¹¹⁹ Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., en *Comentarios a la LIRNR*, Civitas, Madrid, 1999, p. 313, nota 15. La normativa española en materia de obligación real grava las operaciones por su importe bruto (primas cedidas en reaseguro) sin permitir, por lo tanto, la deducción de gasto alguno. Ello puede llevar a que se graven operaciones que no reportan beneficio alguno para el reasegurador no residente, por ser los gastos (indemnizaciones o comisiones pagadas por éste) superiores a los ingresos obtenidos. Cuando existe convenio, los rendimientos de esta operación tienen la consideración de rentas empresariales, por lo que se gravan exclusivamente en el Estado de residencia, Estado que normalmente gravará estas operaciones por su importe neto. La utilización de un convenio impide, por lo tanto, el gravamen por el importe bruto de la operación en el Estado de la fuente.

¹²⁰ Cfr. Díez-Picazo, L., *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, p. 249.

¹²¹ Por ejemplo, respecto al Derecho español, siguiendo a Díez-Picazo, L., *La representación...*, cit., pp. 270 a 275, cuando el mandatario adquiere un bien en nombre propio para el mandante, o bien en nombre propio enajena un bien del mandante, *no se producen dos transmisiones*, del mandante al mandatario y del mandatario al tercero, o viceversa, sino que el mandante adquiere directamente el bien

Dê aplicarse el convenio, se conseguirá el efecto querido, ya que el gestor pondrá a disposición del principal residente en el Estado que no tiene convenio con el Estado de la fuente, el rendimiento percibido, si se trata, por ejemplo, del cobro de un dividendo.

No obstante, puede que en estos casos el Estado de la fuente niegue la aplicación del convenio porque, a pesar de que la persona que *percibe* el rendimiento reside en el otro Estado contratante, no es el titular de los activos que producen los rendimientos, sino exclusivamente alguien que intermedia en la obtención de los mismos. Aun siendo esto así, en muchos casos, debido a la falta de información suficiente, la comprobación de lo anterior puede ser extremadamente difícil, por lo que se aplicará el convenio porque aparentemente es un residente del otro Estado contratante quien percibe los rendimientos.

Para evitar que la carencia de la titularidad formal del rendimiento impida la aplicación del convenio, la utilización de figuras jurídicas como la fiducia o el *trust* pueden resolver ese particular. Tanto en la fiducia, como en el *trust*, el fiduciario y el *trustee* (fideicomisario) formalmente tienen la propiedad de los bienes y derechos que les han sido transmitidos.

Respecto al Derecho español, la doctrina y jurisprudencia por ella estudiada señalan que se produce en el negocio fiduciario la teoría del doble efecto. El fiduciante transmite al fiduciario la titularidad dominical de una cosa o de un crédito, de modo definitivo e ilimitado. Dicha transmisión puede realizarse con una finalidad de garantía o administración; aquí nos encontraríamos en la segunda. El fiduciario será desde entonces el dueño, con todas las facultades de tal, frente al fiduciante y frente a todos (*erga omnes*). El fiduciario sólo tiene frente al fiduciante una obligación personal de utilizar la titularidad adquirida de modo que no contradiga la finalidad

del tercero (mandamiento de compra), o bien el tercero adquiere directamente el bien del mandante (mandamiento de enajenación).

para la que se le ha confiado¹²². Incluso si quebrantase el pacto fiduciario y transmitiera el bien a un tercero, dicha transmisión sería plenamente válida, siendo la posición del adquirente incontestable. *La posición jurídica del fiduciante es muy débil respecto al bien entregado para su administración al fiduciario.*

No obstante, la utilización de la fiducia puede tener algunos inconvenientes, tanto desde el punto de vista del Derecho civil y mercantil, como tributario. En primer lugar, la posición del fiduciante es muy débil, ya que no puede recuperar la propiedad si se incumple el pacto fiduciario. Sólo tendría el derecho a reclamar una indemnización. Ante esta situación, la inseguridad del fiduciante en cuanto a su posición jurídica es suficiente para desechar la utilización del negocio fiduciario.

En segundo lugar, ni la doctrina ni la jurisprudencia es unánime en cuanto a la circunstancia de que a través del negocio fiduciario se produce una transmisión efectiva de la propiedad¹²³. Siendo esto así, puede que el Estado de la fuente no reconozca la aplicación del convenio porque el fiduciario no es el titular del rendimiento¹²⁴.

En tercer lugar, desde la óptica tributaria, superados los inconvenientes de la operación, es necesario que las rentas obtenidas por el fiduciario, tanto cuando se

¹²² Tomo la definición de DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio fiduciario (estudio crítico de la teoría del doble efecto)*, Reus, Madrid, 1972, p. 6. No obstante, hay que señalar que este autor en ese trabajo niega que se produzca dicho doble efecto en el negocio fiduciario, ya que, en su opinión, el fiduciario no adquiere plena y definitivamente la cosa confiada. No se produce la transmisión de la propiedad, porque para ello, además de la *traditio*, es necesario un negocio jurídico cuya causa sea apta para que la transmisión opere. En su opinión el negocio fiduciario carece de causa hábil a tal efecto. Entre los autores que mantienen lo contrario, es decir, que sí tiene causa suficiente el negocio fiduciario, véase GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 35 a 43.

¹²³ La lectura del trabajo del profesor DE CASTRO, *El negocio fiduciario...*, *cit.*, pone claramente de relieve lo anterior. Según este autor, ni el Derecho alemán, ni el Derecho italiano, consideran que el negocio fiduciario produce una transmisión plena y definitiva a favor del fiduciario (pp. 15 a 20).

¹²⁴ Uno de los supuestos que señala la OCDE en su informe "Double taxation conventions and the use of conduit companies", *cit.*, (párrafo núm. 13) para negar la aplicación del convenio a las sociedades intermedias o conductoras consiste en aquellos casos en los que los activos y derechos que generan los dividendos, intereses o cánones no se han transmitido efectivamente a dicha sociedad, actuando ésta en calidad de mero *nominee* a la hora de recibir esos rendimientos. Refiriéndose a la legislación tributaria española, FALCÓN Y TELLÁ, R., "Negocios fiduciarios: régimen tributario", *BICAM*, núm. 16, 2000, p. 198 sostiene que debe respetarse el negocio fiduciario a efectos tributarios como consecuencia del carácter meramente fáctico del hecho imponible.

obtienen, como cuando son puestas a disposición del fiduciante, no se gravan por obligación personal y real en el Estado de residencia del fiduciario.

Respecto al *trust*, institución del Derecho anglosajón que proviene de la *fiducia cum amico* del Derecho romano, también pueden plantearse una serie de inconvenientes que hay que tener presentes a la hora de su utilización en una estructura *treaty shopping*.

El *trust* constituye un patrimonio separado gobernado por un documento o escritura fundacional que, creado por el constituyente (*settlor*), es cedido a una serie de personas (*trustees*), para administrarlos y disponer de esos bienes de acuerdo con las instrucciones previstas en la escritura fundacional en favor de una o más personas (los beneficiarios)¹²⁵. La peculiaridad del *trust* radica en que se produce una *división de la propiedad* desconocida en los sistemas jurídicos de Derecho civil, toda vez que la propiedad tiene carácter indivisible¹²⁶. La propiedad formal (*legal ownership*) reside en el *trustee*, lo que le confiere el derecho a administrar el patrimonio y disponer de él en la forma establecida por el *settlor* pero siempre en beneficio de otras personas. Por consiguiente, su propiedad es limitada, dado que no puede sustraerse a las instrucciones del *settlor* contenidas en la escritura fundacional. Además, debe administrar y disponer de esos bienes a favor de las personas que tienen la propiedad material o económica (*beneficial ownership*), los beneficiarios.

No obstante, hay que tener en cuenta que las instrucciones contenidas en la escritura fundacional pueden ser de la más variable naturaleza, cubriendo un rango que va desde otorgar a los *trustees* la más absoluta discrecionalidad en la administración y disposición del patrimonio entregado, hasta el establecimiento de reglas muy detalladas respecto de la utilización y disposición del mismo¹²⁷.

¹²⁵ DE ARESPOCHAGA, J., *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 33. Los bienes entregados en virtud del *trust* constituyen un patrimonio separado ajeno a la órbita de responsabilidad patrimonial del *trustee*, sin perjuicio de que la propiedad formal de los bienes del *trust* le esté atribuida (cfr. p. 62 de la obra citada).

¹²⁶ Cfr. TROST, A., "El *trust* en la planificación fiscal internacional", en SERRANO ANTÓN, F. (coord.), *Fiscalidad internacional*, CEF, Madrid, 2001, p. 597.

¹²⁷ Cfr. BRIONES FERNÁNDEZ, L., "Consecuencias...", *cit.*, p. 42. Así, por ejemplo, no siempre los beneficiarios del *trust* tienen derecho a recibir inmediatamente las rentas obtenidas por el *trust*. Así,

Cómo se puede observar, el *trust* resuelve algunos de los problemas de la fiducia. Aquí no hay duda de que se produce una transmisión efectiva de la propiedad. Asimismo, la normativa en esta materia prevé garantías suficientes para reaccionar frente a la actuación ilícita del *trustee* (incumplimiento de las instrucciones del *settlor*).

Desde este punto de vista, esta figura jurídica puede servir para la estructura *treaty shopping*. Bastará situar la residencia fiscal del *trust* en el Estado elegido. Asimismo, al igual que en todas las estructuras de este tipo, las rentas obtenidas por el *trust* no deben estar sujetas a tributación por obligación personal y, posteriormente, cuando se transfieren a los beneficiarios, debe evitarse la tributación por obligación real de contribuir.

Esta alternativa también puede plantear algunos inconvenientes. La figura del *trust* no suele reconocerse en los Estados con sistemas jurídicos de Derecho civil, como es el caso de España¹²⁸. El hecho de que no se reconozca dificulta la aplicación de los convenios, porque el primer requisito para su aplicación consiste en tener la condición de persona (art. 1 del Modelo OCDE)¹²⁹. Incluso cuando se reconoce su existencia a efecto de la aplicación de los convenios, surge el interrogante acerca de la determinación de su residencia fiscal. No existe una respuesta unánime al respecto, lo

por ejemplo, entre los modelos básicos de *trusts*, el *trust discrecional* los *trustees* tienen facultades amplias en la administración de los bienes con la sola limitación de las instrucciones contenidas en el documento fundacional. Dentro de estas premisas, los *trustees* pueden decidir cuándo, cómo y a quién se distribuyen los rendimientos y frutos del *trust* o incluso cuándo transferir la propiedad de los bienes. En cambio, en los *trusts de participación* no existe dicha discrecionalidad, teniendo los beneficiarios el derecho a participar en una parte determinada de los rendimientos del *trust*. Sobre las clases de *trusts* véase DE ARESPACOHAGA, J., *El trust...*, cit., pp. 35 a 38.

¹²⁸ En el ámbito internacional existe el Convenio de la Haya sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, de 1 de julio de 1985, que España no ha ratificado. Aunque con carácter general el Derecho español no reconoce a esta figura jurídica, en el convenio de doble imposición con los EEUU se reconoce la aplicación del convenio a los *trusts* creados en los EEUU en la medida en que las rentas que obtenga estén sometidas a imposición en ese Estado como las rentas de un residente. Cfr. GONZÁLEZ POVEDA, V., "Convenio con los Estados Unidos: entrada en vigor y ámbito subjetivo", *TF*, núm. 7, 1991, p. 48. También se contempla la figura del *trust* en los convenios que España ha celebrado con Australia, Canadá y Filipinas. Cfr. TROST, A., "El *trust*...", cit., pp. 603 y 604.

¹²⁹ Conviene hacer notar que jurídicamente el *trust* no tiene personalidad jurídica. No obstante, los Estados que prevén esta figura en su ordenamientos, la introducen en sus convenios con el fin de que también les resulten aplicables.

que dificulta aún más su utilización en estructuras *treaty shopping*¹³⁰. La condición de residente-fiscal en el Estado que quiere utilizarse abre las puertas a la aplicación del convenio. Por consiguiente, sobre este punto es necesario tener un grado de certeza significativo, porque, de lo contrario, la estructura podría deshacerse desde sus pilares (el Estado del que se es residente).

También pueden plantearse problemas importantes desde el punto de vista de la calificación de las rentas percibidas por los beneficiarios del *trust*. Por ejemplo, respecto al Derecho español, existen dudas sobre la calificación en el IRPF de las rentas pagadas por un *trust* a un beneficiario-persona física. Técnicamente no podrían calificarse como rendimiento del capital mobiliario, porque las cantidades recibidas por los beneficiarios no derivan ni de una participación en fondos propios, ni son contraprestación a la cesión de un capital o cualquier otro derecho a un tercero. Podría llegarse incluso a considerar, como ha apuntado algún autor, que se trata de una adquisición a título lucrativo que tributa en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones¹³¹. De ser así, la obtención de estos rendimientos es especialmente gravosa, habida cuenta de lo elevado del gravamen cuando se tratan de donaciones entre extraños¹³².

Dada las dificultades que plantea el régimen fiscal del *trust*, especialmente cuando se trata con sistemas jurídicos que no reconocen esta institución, la intervención del *trust* en estos últimos Estados se articula a través de una entidad con personalidad jurídica¹³³. Cuando ello sucede, la estructura *treaty shopping*, no pasaría

¹³⁰ Sobre ello véanse, IFA, *International Tax Treatment of Common Law Trusts*, Kluwer Law and Taxation Publisher, 1988, AVERY JONES, J., *et al.*, "The Treatment of Trusts under The OECD Model Convention", *ET*, núm. 12, 1989, pp. 379 a 383, DE ARESPACOHAGA, J., *El trust...*, *cit.*, pp. 83 a 85 y TROST, A., "El *trust*...", *cit.*, pp. 602 a 604. En los Estados que conocen la institución del *trust*, la residencia fiscal del mismo se suele vincular a la residencia fiscal del *trustee*. En otros Estados, se aplican de forma analógica los criterios de determinación de la residencia de las personas jurídicas (Estado en el que radica su sede de dirección efectiva).

¹³¹ *Cfr.* TROST, A., "El *trust*...", *cit.*, p. 609.

¹³² No obstante, la DGT se ha pronunciado al respecto en su consulta de 4 de mayo de 1993, citada por TROST, A., "El *trust*...", *cit.*, pp. 609 y 610, señalando que las cantidades recibidas por el beneficiario-persona física deben tributar en el IRPF. No obstante, la consulta no aclara en concepto de qué categoría de renta tributan esas cantidades en el IRPF.

¹³³ Como señala DE ARESPACOHAGA, J., *El trust...*, *CIT.*, P. 79, a través de la creación de una sociedad, "se dotará al *trust* de una mayor versatilidad al permitirle actuar en aquellas jurisdicciones que no reconozcan esta figura jurídica". En este mismo sentido, TROST, A., "El *trust*...", *cit.*, p. 612.

por la intervención directa de un *trust*, sino que se produce a través de la utilización de una sociedad. Esto último constituye el objeto del siguiente apartado.

III.C.2.- La utilización de sociedades en la estructura

En este tipo de operaciones, el rendimiento generado en el Estado de la fuente se obtiene a través de una sociedad residente en el Estado que ha celebrado el convenio para evitar la doble imposición con el Estado de la fuente a través del cual se obtiene el rendimiento. Como veremos, no tiene por qué haberse creado la sociedad intermedia con el único objetivo de realizar la operación. Asimismo, tampoco es imprescindible que el capital de la sociedad intermedia esté controlada por la entidad que la utiliza para obtener a través de la misma el rendimiento.

Desde un punto de vista jurídico, a diferencia de los supuestos anteriores, no existen aquí dudas sobre la titularidad por parte del "ente interpuesto" del rendimiento generado en el Estado de la fuente. Así, por ejemplo, las participaciones en el capital de la sociedad que reparte dividendos en el Estado de la fuente se habrán transmitido a la sociedad intermedia.

Para que la operación tenga sentido, no es suficiente que el convenio aplicable elimine o reduzca la tributación por obligación real en el Estado de la fuente. La renta percibida por la sociedad interpuesta, -que es la que se ha creado o se utiliza para poder acceder al convenio que reduce la imposición en el Estado de la fuente- *materialmente no debe estar sujeta a gravamen o, de estarlo, debe serlo en una cuantía mínima*. La concurrencia de este segundo aspecto es esencial cuando se emplea este tipo de estructuras porque, de lo contrario, la ventaja obtenida por la aplicación del convenio suscrito con el Estado de la fuente se compensaría con el gravamen que se produce en el Estado en el que reside la sociedad interpuesta¹³⁴.

señala que "a los efectos de evitar estas situaciones complejas y de inseguridad jurídica, en caso de que un *trust* desee realizar inversiones en España, es altamente recomendable que la inversión se realice a través de una entidad con personalidad jurídica y derecho a la aplicación de los [convenios] firmados por España".

¹³⁴ Cfr. el párrafo cuarto del Informe de la OCDE "Double taxation conventions and the use of conduit companies", *cit.*

Finalmente, las rentas acumuladas en la sociedad interpuesta cuando se distribuyen, con independencia del método utilizado, *no deben estar sujetas a imposición real en el Estado de residencia de la sociedad intermedia*.

En función de cómo se elimina o reduce la tributación por obligación personal de los rendimientos obtenidos por la sociedad intermedia se distingue entre dos tipos de estrategias¹³⁵:

a) Estrategia directa (*direct conduit*)¹³⁶

El rendimiento obtenido por la sociedad intermedia no está sujeto a tributación, bien porque la propia sociedad no está sujeta al impuesto sobre la renta de las personas jurídicas o bien porque, de estarlo, esos rendimientos están exentos.

Al referirse a esta estrategia, algunos autores señalan que la ausencia de tributación se debe a que la sociedad disfruta de un régimen fiscal privilegiado¹³⁷. En nuestra opinión, sin embargo, no tiene por qué ser necesariamente así. Refiriéndonos a la legislación española, el art. 20bis de la LIS exonera los dividendos obtenidos como consecuencia de la tenencia de una participación superior al cinco por ciento en una entidad no residente en España, siempre y cuando concurren una serie de circunstancias. Esta exención, sin embargo, no puede calificarse como un "régimen fiscal privilegiado". Con esta medida, lo que se pretende es evitar que los dividendos percibidos sufran doble imposición económica y jurídica internacional¹³⁸.

Finalmente, al igual que en toda estructura *treaty shopping*, los rendimientos obtenidos por la sociedad intermedia no deben estar sujetos a tributación por

¹³⁵ En este sentido señala GRUNDY, M., *The World of International Tax Planning*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, p. 71 que en ambas estrategias se produce una interacción entre la normativa interna y los convenios. En función de cómo se produce esa interacción, estaremos ante un tipo u otro de estructura.

¹³⁶ El informe de la OCDE "Double taxation conventions and the use of conduit companies", *cit.*, denomina esta estructura como *direct conduit structures*. La traducción como "estrategia directa" se toma de FERNÁNDEZ PÉREZ, J.R., "Medidas...", *cit.*, p. 7.

¹³⁷ *Cfr.* FERNÁNDEZ PÉREZ, J.R., "Medidas...", *cit.*, p. 7.

¹³⁸ Es más, este artículo está dando respuesta al art. 4 de la directiva 90/435/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales, a través de la articulación de un método de exención.

obligación real cuando se distribuyen hacia un tercer Estado. La ausencia del gravamen en la fuente, en este segundo paso, puede producirse como consecuencia de la aplicación de la legislación interna o de un convenio de doble imposición¹³⁹.

b) La estrategia indirecta (*stepping stone conduits*)¹⁴⁰

La diferencia principal radica en que las rentas obtenidas por la sociedad intermedia no están exentas de tributación en el Estado del que es residente. Para evitar que materialmente los rendimientos tributen en el Estado intermedio, *los ingresos que producen se compensan con gastos facturados por entidades residentes en un tercer Estado*. Como consecuencia de esos gastos, la base imponible de la sociedad intermedia se vacía o erosiona (*base erosion*) logrando materialmente que los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente no tributen en el Estado de residencia de la sociedad intermedia¹⁴¹.

La compensación ingreso / gasto no tiene porque ser total. Normalmente es necesario dejar un cierto margen de tributación, para permitir que la Administración tributaria del Estado de la sociedad intermedia acepte esta operación.

Nótese que, en la estructura *stepping stone*, el rendimiento obtenido en el Estado de la fuente fluye hacia un tercer Estado, distinto del Estado de la sociedad intermedia, vía gasto. Esos gastos normalmente son facturados por una sociedad base sita en un Estado de baja tributación. Para que la estructura tenga sentido, es necesario que *el ingreso que obtiene la sociedad que factura el gasto a la sociedad intermedia no esté sujeto a tributación por obligación real de contribuir*.

¹³⁹ Respecto a la legislación española cabe destacar el régimen fiscal de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE) regulado en los arts. 129 y ss. de la LIS. Los dividendos percibidos por la ETVE de entidades no residentes cuando cumplan los requisitos del art. 20bis de la LIS están exentos de tributación por el Impuesto sobre Sociedades. Posteriormente, cuando la ETVE distribuya esos dividendos a un no residente en España no estarán sujetos a imposición por obligación real. Ello es así, porque se establece la ficción de que esos rendimientos no se han obtenido en territorio español (cfr. art. 131.1.c de la LIS).

¹⁴⁰ La traducción se toma también de FERNÁNDEZ PÉREZ, J.R., "Medidas...", *cit.*, p. 8. Algunos autores traducen *stepping stone conduits* como la estrategia trampolín o sociedades de canalización en varios escalones. Cfr. ALBI, E., "Estrategias de planificación fiscal internacional: instrumentos financieros", *PSF*, núm. 41, 1993, p. 12.

¹⁴¹ Cfr. DE JUAN PEÑALOSA, J.L., "Modelo/92", *Impuestos*, 1993-II, p. 116.

En consecuencia, esta estructura elimina la imposición por obligación personal en el Estado intermedio a través de la compensación con gastos facturados por sociedades residentes en terceros Estados. Para permitir que dicha compensación tenga lugar, el gasto debe ser deducible en la base imponible de la sociedad intermedia.

Con independencia de la estrategia que se adopte, directa o indirecta, hay que tener presente que la sociedad intermedia debe establecerse en Estados que tengan una *amplia red de convenios de doble imposición*. La red de convenios permitirá no sólo eliminar o reducir la tributación en el Estado de la fuente, sino también facilitará que los rendimientos no se graven por obligación real cuando la sociedad intermedia los distribuye hacia otro Estado (en el caso de *stepping stone conduits* la distribución se realiza a través del gasto facturado por una entidad residente en un tercer Estado).

No obstante, también deben tenerse en cuenta otros factores a la hora de decidir en qué Estado se crea la sociedad intermedia. En primer lugar, el nivel de formalidades, requisitos contables, de auditoría y, en general, los controles administrativos para la creación y funcionamiento de sociedades. El número de exigencias que requiera el "vehículo jurídico" será fundamental para decidirse por un Estado u otro. Aspectos como la existencia de normas restrictivas de control de cambios o que la divisa del Estado sea fuerte, son también fundamentales¹⁴². Desde el punto de vista fiscal, especialmente cuando se opera a través de *stepping stone conduits*, es necesario que las normas en cuanto a la deducibilidad de gastos del Estado de residencia de la sociedad intermedia no sean restrictivas. En este sentido, hay que evitar normas contra la subcapitalización o en materia de precios de

¹⁴² Al realizarse las operaciones entre Estados, deben evitarse las monedas que no tienen solidez en el mercado internacional, debido a las graves consecuencias que puede tener una bajada importante en la cotización de la moneda del Estado de la sociedad intermedia. Nótese que en el ámbito de los Estados miembros de la Unión Europea, dicha variable no se produce, como consecuencia de la existencia de una moneda única. Lo mismo sucede en materia de control de cambios, al haberse liberalizado la circulación de capitales. Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., *La regulación de los movimientos internacionales de capitales desde una perspectiva europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 239 y ss.

transferencia¹⁴³. La aplicación de estas normas puede tener como consecuencia que los gastos factuados por la sociedad residente en un tercer Estado no sean deducibles en la base imponible de la sociedad intermedia.

A continuación analizaremos someramente algunas de las operaciones típicas para las que se utilizan sociedades intermedias. Ello nos servirá para ver, en casos concretos, cómo se articulan las estructuras *treaty shopping*.

a) *Intermediación en la cesión de uso de intangibles*.- Básicamente este tipo de sociedades se utiliza para canalizar todas las rentas que reciben la calificación de canon en el ámbito de aplicación de los convenios de doble imposición. El canon es la contraprestación recibida por la cesión a un tercero de un intangible (derechos de propiedad industrial e intelectual, *know how*, etc.).

La estructura se realiza básicamente así. La sociedad T residente en el Estado T (Estado de origen) ha desarrollado una patente, cuyos derechos de explotación quiere ceder a sociedades residentes en terceros Estados. Si cede directamente los derechos de explotación a la sociedad F, residente en el Estado F (fuente), este último gravará los pagos que F realice a T por imposición real. Para evitar el gravamen en la fuente, T podría estructurar la inversión de las dos maneras siguientes.

En primer lugar, mediante la cesión de la patente a una sociedad constituida en una jurisdicción de baja tributación (sociedad base). Posteriormente, la sociedad base otorgaría una licencia de explotación a una sociedad constituida residente en otro Estado (sociedad intermedia) por noventa y ocho unidades de cuenta. La sociedad intermedia otorgaría una sublicencia a la sociedad F para explotar la patente por cien unidades de cuenta. *La sociedad intermedia debe estar ubicada en un Estado que*

¹⁴³ En el ámbito internacional, las normas en materia de subcapitalización determinan que los intereses derivados de operaciones de créditos pagados por una entidad no tengan carácter deducible cuando el endeudamiento alcanza un determinado nivel que, normalmente, se fija en relación con su capital social. Los intereses devengados por el endeudamiento que supera dicha cifra se califican como dividendos y, en consecuencia, no tienen carácter deducible. La norma considera que, a partir de dicha cifra, se trata de una operación de aportación de capital y no de una operación de préstamo. Como consecuencia de ello, la contraprestación pagada por la utilización de ese capital, los intereses pagados, debe recibir la calificación de dividendo. Sobre las normas tributarias en materia de subcapitalización véase el monográfico de la IFA sobre *Thin capitalization*, CDFI, vol. LXXXIb, Kluwer, 1996.

tenga convenio con el Estado F y que otorgue al Estado de residencia el gravamen exclusivo de los cánones. Asimismo, bien en virtud de un convenio o por aplicación de la legislación interna, el Estado de la sociedad intermedia no debe gravar por obligación real los cánones pagados al Estado de residencia de la sociedad base.

Como se puede observar, nos encontramos ante una estructura *stepping stone*. Los cánones pagados por la sociedad F a la sociedad intermedia no se gravan en F por aplicación del convenio. La sociedad intermedia tributa en su Estado de residencia simplemente por dos unidades de cuenta, que es el resultado de compensar el ingreso obtenido en F (100) con el gasto facturado, en este caso el pago de un canon, por la sociedad base (98). Las noventa y ocho unidades de cuenta pagadas a la sociedad base no tributan por obligación real en el Estado de la sociedad intermedia. La sociedad base, al residir en un Estado de baja tributación, no tributará, o lo hará mínimamente, por las noventa y ocho unidades de cuenta conseguidas. Sólo tributarán cuando se repartan en forma de dividendos a la sociedad T, sin perjuicio de que pueda articularse alguna otra técnica para su distribución que reduzca o elimine la tributación (*secondary sheltering*).

La segunda alternativa consiste simplemente en prescindir de la interposición de una sociedad base. La sociedad intermedia obtiene la licencia de explotación de la sociedad T y, a su vez, la cede a la sociedad F. Aquí puede que la reducción de la carga fiscal global sea menor, si el Estado de la sociedad T grava fuertemente esas rentas por obligación personal de contribuir.

Con independencia de que se utilice adicionalmente una sociedad base, lo principal es que la sociedad intermedia se establezca en un Estado con convenio de doble imposición con el Estado de la fuente que atribuya al Estado de residencia el gravamen exclusivo en materia de cánones. La tributación por obligación personal se elimina mediante la facturación de un canon por una Entidad residente en un tercer Estado. El pago de este canon no está sujeto a tributación por obligación real por el Estado intermedio.

Entre los Estados que han permitido realizar con mayor facilidad esta operación, la doctrina hace referencia principalmente a los Países Bajos¹⁴⁴. En este Estado concurren una serie de elementos idóneos a tal fin. En primer lugar, una amplia red de convenios que atribuyen al Estado de residencia el gravamen exclusivo sobre cánones o, al menos, que permiten un gravamen muy reducido al Estado de la fuente. Seguidamente, la legislación interna no grava los cánones generados en territorio holandés y pagados a no residentes. Además, la deducibilidad de los cánones en la base imponible de la sociedad intermedia, se ha asegurado a través de un sistema de consultas tributarias vinculantes.

Normalmente este tipo de operaciones suele realizarse entre entidades vinculadas. Para evitar la aplicación de las normas internas en materia de precios de transferencia u operaciones vinculadas, el sistema tributario holandés contempla un sistema de consultas vinculantes (*tax rulings*) para determinar qué margen de tributación debe dejar la sociedad intermedia y, en consecuencia, respetar este tipo de operaciones.

La posibilidad de obtener consultas vinculantes contribuye sensiblemente a aumentar la seguridad jurídica de la operación, entendida como posibilidad de calcular de antemano las consecuencias tributarias de una determinada actuación y, asimismo, como seguridad jurídica de cara a la planificación de las decisiones económicas (*Planungssicherheit*)¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Normalmente en los Países Bajos esta operación se ha realizado utilizando una sociedad base constituida en las Antillas holandesas, territorio de baja tributación. La sociedad intermedia se constituye en los Países Bajos, a fin de acceder a la red de convenios de este Estado. La estructuración de la operación a través de Holanda y las Antillas holandesas se ha denominado el "sándwich holandés" (*Dutch sandwich*). Cfr. IBFD, *International Tax Glossary*, IBFD, Ámsterdam, 3ª ed., 1996, p. 102.

¹⁴⁵ Cfr. ZORNOZA PÉREZ, J., "Significado y funciones de las consultas a la Administración en materia tributaria", *CT*, núm. 50, 1984, p. 223 y BARQUERO ESTEVAN, J.M., *La información administrativa a los contribuyentes*, 2001, inédito, p. 85. BRIONES FERNÁNDEZ, L., "Consecuencias...", *cit.*, p. 34, señala a las consultas vinculantes, junto a los convenios de doble imposición, como uno de los elementos básicos para evitar la incertidumbre en la planificación fiscal internacional.

La obtención de una de estas consultas (*royalties rulings*) ha sido relativamente sencilla¹⁴⁶. En ella se señalan el margen de tributación que debe quedar en los Países Bajos para que esta operación sea admitida, es decir, la Administración holandesa admite como gasto plenamente deducible los cánones pagados por la sociedad intermedia¹⁴⁷. Básicamente, como se desprende del ejemplo anotado, consiste en calcular el importe del canon que percibe la sociedad intermedia de la entidad a la que sublicencia el intangible en función del importe, incrementado en un determinado porcentaje, que la sociedad intermedia paga a la sociedad que previamente le ha cedido el intangible.

Si la operación se realiza en estos términos, no se cuestiona, desde el punto de vista de las normas sobre precios de transferencia, la deducibilidad de lo pagado por la sociedad intermedia. La existencia de este tipo de consultas facilita y asegura el éxito

¹⁴⁶ Las consultas tienen carácter vinculante. Normalmente tienen una vigencia de cuatro años, ampliables en un término igual de tiempo. Este sistema de consultas vinculantes existe también en otras materias entre las que se pueden destacar las siguientes: sociedades *holding*, intermediación financiera (*finance rulings*) y establecimientos permanentes. Las más solicitadas han sido las de cánones, intermediación financiera y sociedades *holding*. Algunos datos estadísticos sobre el número de consultas emitidas pueden verse en los trabajos de BETTEN, R., "Report on Rulings Practice", *ET*, núm. 10, 1992, pp. 363 y 364 y "News on Ruling Practice", *ET*, núm. 5, 1993, pp. 182 y 183.

¹⁴⁷ Con carácter general, el margen de tributación es del 7 por 100. En la medida que aumenta el montante de la operación se reduce el porcentaje hasta llegar al 2 por 100 cuando la operación supera diez millones de florines. Cuando se trata de obras cinematográficas el porcentaje es fijo (6 por 100). Veamos un ejemplo: La sociedad base otorga una licencia de explotación a una sociedad intermedia (residente en los Países Bajos) por un millón de unidades de cuenta. Posteriormente la sociedad intermedia sublicencia la patente a una sociedad residente en un tercer Estado (sociedad F). Pues bien, para que la operación se admita, tras compensar lo que la sociedad percibe de la sociedad F y lo que paga a la sociedad base, debe haber un margen de beneficio del 7 por 100 que tributa en Holanda por el impuesto sobre sociedades holandes. Siendo esto así, la sociedad intermedia debe cobrar a la sociedad F 1.070.000 unidades de cuenta. Tras la compensación (1.070.000 menos 1.000.000), la sociedad intermedia tributa en Holanda por 70.000 unidades de cuenta, que es justamente un 7 por 100 de lo pagado a la sociedad base. Sobre la *royalty ruling* véanse NMB Bank, *Trust and Management Services in the Netherlands*, NMKB trust, Ámsterdam, 1988, p. 28, VAN BRUNSCHOT, F.; KRIEG, H., "El sistema fiscal holandés en relación con los aspectos internacionales", *RDFHP*, núm. 225/226, 1993, p. 729 y AA, *Holding, Royalty and Finance Companies in the Netherlands*, AA, 1997, p. 26. No obstante, hay que significar que el régimen de estas consultas en los Países Bajos ha sido modificado recientemente, entre otros motivos, como consecuencia de la aprobación del Código de Conducta comunitario. En este sentido, se ha pretendido que este sistema de consultas sea más transparente, además de adecuarlo al régimen internacional en materia de precios de transferencia. En efecto, este sistema para el cálculo del margen de tributación que debe permanecer en la sociedad intermedia, había sido objeto de críticas, porque se consideraba que no se adecuaba a los métodos propuestos por la OCDE para el cálculo de los precios de transferencia. Véanse al respecto los siguientes trabajos HAMEN VAN DAM, J., "Changes in Netherlands Ruling Policy Released", *TPIR*, núm. 5, 2001, pp. 19 y 20 y PILJ, H.; HÄHLEN, W., "The New Advance Pricing Agreement and Advance Tax Ruling Practice in the Netherlands", *BIFD*, núm. 12, 2001, pp. 614 a 629. Nosotros nos referiremos al régimen anterior de consultas, porque resulta muy ilustrativo para explicar las estructuras *treaty shopping*.

de esta operación. No existe en la legislación y la práctica administrativa española un sistema de consultas vinculantes en esta materia análoga al holandés. No obstante, quizás podría canalizarse a través de los acuerdos previos en materia de precios de transferencia regulados en el art. 16 de la LIS.

b) *Intermediación financiera.*- La concesión de préstamos directamente puede tener altos costes fiscales que una sociedad intermedia puede reducir. Por este motivo, la intermediación de una sociedad entre los prestatarios de un grupo empresarial y prestamistas del propio grupo o independientes puede contribuir a reducir los costes adicionales que se ocasionan cuando la operación es transfronteriza¹⁴⁸.

La operación se estructura en términos análogos a los cánones (*stepping stone conduits*), aunque aquí los rendimientos con los que se opera son intereses¹⁴⁹. Como se desprende del ejemplo anotado, la sociedad intermedia recibe un préstamo de otra sociedad y, seguidamente, presta esos fondos a la sociedad a la que se quiere conceder el préstamo. Los tipos de interés de los préstamos se fijan de tal manera, con el fin de dejar un margen de tributación en el Estado intermedio.

Al igual que en cualquier otra operación, los intereses que percibe y los intereses que paga la sociedad intermedia no deben estar sujetos a tributación por obligación real de contribuir. La imposición en el Estado intermedio se elimina mediante la compensación de los intereses pagados y recibidos. Para garantizar la compensación es imprescindible que la legislación del Estado intermedio no prevea

¹⁴⁸ Cfr. ALBI, E., "Estrategias...", *cit.*, p. 19.

¹⁴⁹ Se quiere conceder un préstamo a una filial del grupo (SF) residente en el Estado F (fuente). Se constituyen dos sociedades (o bien ya existen previamente). La primera es la sociedad intermedia (SI), que se establecerá en un Estado que tenga un convenio con el Estado F que atribuya al Estado de residencia la tributación exclusiva respecto a los intereses. La segunda es la sociedad base (SB), que se constituye en un estado de baja tributación. El Estado de la sociedad intermedia, bien como consecuencia de un convenio o de su legislación interna, no grava por obligación real los intereses. La sociedad base realiza un préstamo de un millón de unidades de cuenta a la sociedad intermedia al 6 por 100 de interés. Seguidamente, la SI presta a SF la misma cantidad a la filial pero al 6'125 por 100 de interés. Cuando SF paga a SI los intereses derivados del préstamo (61.250 unidades de cuenta) no se gravan en el Estado de la fuente. La SI experimenta un ingreso de 61.250 unidades, que se compensan con el gasto derivado del pago de intereses a SB (60.000 unidades de cuenta). Los intereses que paga SI a SB no tributan por obligación real. La base imponible de SI es 1.250 unidades de cuenta (61.250 menos 60.000).

demasiadas trabas respecto a la deducibilidad de los intereses, o por lo menos que no sean de aplicación al caso concreto.

Entre las normas tributarias que hay que tener en cuenta, con relación a ese particular, tienen especial relevancia las normas en materia de precios de transferencia y subcapitalización. Al realizarse estas operaciones entre entidades vinculadas, esas normas pueden resultar aplicables. Contribuye especialmente a eliminar la incertidumbre, la posibilidad de obtener del Estado intermedio una consulta vinculante que señale cuál es el margen de la operación que debe quedar en la sociedad intermedia. También en este caso los Países Bajos han constituido una jurisdicción óptima, porque ha existido dicha posibilidad¹⁵⁰. Además, el interés que se fije en los préstamos debe respetar el principio de independencia (*arm's length principle*), porque los convenios de doble imposición no amparan los intereses que no respeten dicho principio¹⁵¹.

Asimismo, deben evitarse las normas tributarias en materia de subcapitalización, toda vez que impedirán a la sociedad intermedia deducir los intereses pagados. Para ello el planificador fiscal deberá utilizar un Estado que no contemple este tipo de normas, o bien que los coeficientes de endeudamiento sean muy altos.

La multitud de normas tributarias que "vigilan" las operaciones entre entidades vinculadas, puede complicar la viabilidad de la operación. Sin embargo, este

¹⁵⁰ En los Países Bajos, bajo el sistema anterior de consultas, el margen que debe permanecer en la base imponible de la sociedad intermedia varía dependiendo de si los fondos que recibe en préstamo proceden de una entidad del grupo empresarial a la que pertenece, o bien de una entidad independiente. En el primer caso, el porcentaje es del 1'25 por 1000 y en el segundo del 2'5 por 1000 de la cantidad prestada. En el ejemplo señalado en la nota anterior, la base imponible de la sociedad intermedia es de 1.250 unidades de cuenta, que se corresponde con el 1'25 por 1000 de la cantidad prestada (un millón de unidades de cuenta). El tipo de interés que paga y que percibe la sociedad intermedia se calcula de tal manera que quede dicho margen de tributación. En Suiza también existe la posibilidad de obtener estas consultas. Cfr. BRIONES FERNÁNDEZ, L., "Planificación fiscal internacional de la inversión española en el extranjero. Segunda parte...", *cit.*, p. 3 y AA, *Holding...*, *cit.*, pp. 25 y 26.

¹⁵¹ El art. 11.6 del Modelo OCDE señala que la parte del interés que no se ajuste al normal de mercado (principio de independencia) no tendrá amparo en este artículo del convenio. En consecuencia, el tipo de interés del préstamo debe corresponderse con el de mercado, porque de lo contrario, respecto a parte que exceda dicho parámetro, no se conseguirá el objetivo perseguido por la operación, obtener la aplicación del convenio que elimina la tributación en el Estado de la fuente.

inconveniente puede evitarse si la sociedad intermediaria no está vinculada con las entidades que ponen a disposición y reciben los capitales entregados en préstamo (*back to back loan*)¹⁵². El intermediario suele ser una entidad financiera no vinculada. La sociedad que quiere otorgar el préstamo realiza un depósito en la entidad financiera, por lo que recibe como contraprestación unos intereses. Posteriormente, la entidad financiera realiza un préstamo con cargo a esos fondos a la sociedad a la que en primer lugar se querían prestar los fondos¹⁵³. El beneficio de la operación para la entidad financiera radica en la diferencia entre los intereses recibidos por el préstamo y los intereses pagados por el depósito, y las posibles comisiones cobradas por estos servicios.

Este tipo de préstamos *back to back* permiten evitar en muchos casos las normas internas sobre operaciones vinculadas y consigue, también, los fines pretendidos con el *treaty shopping*. Es cierto, sin embargo, que desde el punto de vista del coste de la operación, éste puede ser mayor al resultante en los casos en que la operación se realiza directamente a través de entidades vinculadas¹⁵⁴.

c) *Sociedades holding intermedias*.- Con su utilización, lo que se pretende optimizar es la tributación de los dividendos y ganancias patrimoniales como consecuencia de la tenencia de participaciones en el capital de sociedades residentes en diferentes Estados. Dicha optimización consiste en eliminar o reducir la tributación en el Estado de la fuente y eliminar o reducir la tributación en el Estado de residencia de la sociedad tenedora de las participaciones. Igualmente, si posteriormente se distribuye el beneficio obtenido hacia un tercer Estado, se pretende evitar la tributación por obligación real. Respecto a este tipo de sociedades, se produce normalmente, como veremos, la estrategia directa o *direct conduit*.

Por lo que respecta a la reducción de la tributación por *obligación personal*, un gran número de Estados han introducido regímenes favorables para favorecer el

¹⁵² Cfr. IBFD, *International...*, cit., p. 26.

¹⁵³ Al igual que cualquier otra estructura *treaty shopping* los intereses pagados por la prestataria a la entidad financiera, como consecuencia de un convenio, no tributan en la fuente. Los intereses que la entidad financiera paga por el depósito tampoco deben estar sujetos a tributación en la fuente.

¹⁵⁴ En este sentido, GRUNDY, M., *The World...*, cit., p. 73.

establecimiento de sociedades *holding*¹⁵⁵. Básicamente consiste en una exención de los dividendos distribuidos o la ganancia patrimonial que se produce por la transmisión de la participación. Desde este punto de vista, pueden ser muchos los Estados aptos para el establecimiento de este tipo de sociedades (*participation exemption*)¹⁵⁶. Sin embargo, las estructuras *treaty shopping* pretenden reducir la tributación en la fuente, por lo que las sociedades tenderán a establecerse en los Estados cuyos convenios reduzcan en mayor medida la obligación real.

Respecto a los dividendos, es sensiblemente menor el número de convenios de doble imposición, si se compara con los intereses y cánones, que reducen a cero la tributación en la fuente, o lo que es lo mismo, que atribuyen al Estado de residencia el gravamen en exclusiva. Solamente en los convenios celebrados por algunos Estados,

¹⁵⁵ Estos regímenes se aplican solamente a las participaciones en el capital de sociedades que tengan carácter empresarial o de control (*Schachteldividenden, direct investment*) y no a las que constituyen una mera inversión de cartera (*Streubesitzdividenden, portfolio investment*). Señala SANZ GADEA, E., *Transparencia...*, cit., p. 133 que la expresión "participación empresarial" hace referencia a aquella participación que se tiene no como inversión de carácter patrimonial sino empresarial. Ciertamente no existe una división ontológica entre ellas, pero la práctica indica que a partir de un determinado grado de participación la posición económica del partícipe varía esencialmente porque varían los costes asumidos. Uno de los criterios para fijar el tránsito entre lo empresarial y lo patrimonial es el porcentaje de participación. El art. 10.2 del Modelo OCDE lo fija en el 25 por 100. No obstante, las legislaciones de los Estados suelen considerar que hay una relación matriz/filial cuando se tiene un porcentaje del 5 por 100. La existencia de una participación empresarial da lugar también a una relación matriz/filial entre la sociedad que participa en el capital de otra y la sociedad participada.

¹⁵⁶ El régimen español está contenido en el art. 20bis de la LIS. Fortalecerá la estructura si es posible, como sucede en los Países Bajos, Bélgica, Dinamarca e Hungría, obtener una consulta vinculante (*holding ruling*) de la Administración pronunciándose sobre si la exención es aplicable. Cfr. AA, *Holding...*, cit., pp. 23 y 25 y RUIZ ZAPATERO, G., "Inversiones extranjeras en España: estructuras internacionales", materiales de la ponencia presentada el día 25 de noviembre de 2000 en el CEF en el curso sobre *Planificación fiscal internacional*. Normalmente la concesión de esta exención se supedita a que concurran una serie de circunstancias: a) que la sociedad filial haya estado sometida a un impuesto personal por las rentas obtenidas y ello porque con la exención lo que se pretende evitar es la doble imposición económica y jurídica internacional, lo que implica que la filial esté sujeta a imposición por las rentas que luego reparte. Si no fuera así, más que un método para eliminar la doble imposición se trataría de un método para evitar la imposición b) que la participación tenga carácter empresarial, lo que implica no sólo la tenencia de un determinado porcentaje, sino, en algunos casos, que la participación se haya mantenido durante un determinado período (*holding period*) c) También, en algunos Estados como España, se exige que las rentas de las filiales procedan de actividades empresariales, lo que significa que las filiales deben ser sociedades operativas. Otro aspecto a tener en cuenta a la hora de decidir en qué jurisdicción establecer la sociedad *holding* consiste en determinar si este método de exención permite deducir determinados costes asociados a la participación en la filial, básicamente, la deducibilidad de las dotaciones por depreciación de las participaciones en la filial y de los gastos de financiación, si es que se han producido, para adquirir la participación. Sobre los distintos regímenes en los Estados de la Unión Europea véanse DE GRADO, J.; MORILLA, B., "Regímenes tributarios europeos de entidades *holding* y su comparación con el régimen de las ETVE de la Ley 43/1995", *Impuestos*, 1998-II, pp. 292 a 310 y ROMANO, C., "Holding Company Regimes in Europe: A Comparative Survey", *ET*, núm. 7, 1999, pp. 256 a 269

como los Países Bajos y Suiza, se observa lo anterior de forma generalizada¹⁵⁷. No obstante, aunque no se produzca en el ámbito estricto de los convenios, las distribuciones de beneficios entre sociedades matrices y filiales comunitarias, cuando la directiva 90/345/CEE es aplicable, no tributan en el Estado de la fuente (que será el Estado comunitario donde resida la filial que reparte dividendos a su matriz comunitaria).

Respecto a las ganancias patrimoniales, no se produce tributación en la fuente, toda vez que los convenios atribuyen en exclusiva el gravamen al Estado de residencia¹⁵⁸.

El tercer elemento que deberá tenerse presente a la hora de elegir el Estado en el que se establece la sociedad *holding*, se refiere a si las distribuciones de beneficios que realice la sociedad *holding* están sujetas a tributación por obligación real. Esta distribución, si el convenio o la legislación interna no exonera del impuesto a las distribuciones de dividendos, puede canalizarse por otra vía que no esté sujeta a tributación en la fuente (liquidación de la sociedad, transmisión de las participaciones, etc.)

d) *Centros de coordinación, financiación y distribución*.- Estas entidades se utilizan para centralizar determinados servicios y actividades de un grupo empresarial (financiación, investigación y desarrollo, auditoría, gestión de cobros, etc.)¹⁵⁹.

En realidad, no se trata propiamente de una estructura *treaty shopping*, porque lo que se pretende es reducir la *imposición en destino*, es decir, los beneficios generados por las distintas entidades del grupo mediante la facturación de una serie de gastos por parte del centro de coordinación. Estaríamos, por tanto, no en la segunda

¹⁵⁷ Buen ejemplo de ello es el Modelo de convenio holandés que reserva al Estado de residencia el gravamen exclusivo sobre los dividendos derivados de participaciones empresariales. Cfr. VAN RAAD, K., "The Netherlands model income tax treaty", *Intertax*, núms. 8/9, 1988, p. 245.

¹⁵⁸ Cfr. art. 13.4 del Modelo OCDE. No obstante, los Comentarios, en el párrafo núm. 23 a este artículo, señalan que los Estados podrán introducir una cláusula especial en virtud de la que el Estado de la fuente podrá gravar las ganancias patrimoniales por la transmisión de participaciones si su objeto social exclusivo o esencial consiste en la tenencia de bienes inmuebles.

¹⁵⁹ Cfr. OGLEY, A., *Principles...*, cit., pp. 137 a 140 y BARNADAS, F., *Tributación de no residentes y fiscalidad internacional*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1997, pp. 324 y 325.

fase de la planificación fiscal internacional, *reducción de la imposición en el camino*, sino en la primera fase, de acuerdo con el esquema del apartado anterior (III.B).

Obviamente, los ingresos obtenidos por el centro de coordinación, financiación o distribución en el Estado donde factura a las entidades del grupo pueden estar sujetos a tributación por obligación real. Por este motivo, para evitar dicha tributación, se establecen en jurisdicciones con convenios de doble imposición que atribuyan el gravamen de dichas rentas con carácter exclusivo al Estado de residencia o que, al menos, permitan al Estado de la fuente un margen exiguo de tributación. En este sentido, se produce un cierto grado de *treaty shopping*, porque la existencia de convenios de doble imposición que reduzcan la tributación en la fuente es un factor determinante para elegir la jurisdicción de establecimiento. No obstante, a este aspecto debe unirse la circunstancia de que las rentas obtenidas por estos entes estén exentas o sujetas a una tributación baja por obligación personal en el Estado de residencia. Los Estados que favorecen el establecimiento en su territorio de este tipo de entidades suelen establecer tipos de gravámenes reducidos o definiciones de la base imponible que dan lugar a una tributación reducida.

En definitiva, lo que se pretende con estas entidades, es localizar los beneficios del grupo en jurisdicciones en las que puede producirse baja tributación con redes de convenios de doble imposición amplias, para permitir a su vez evitar o reducir la tributación en la fuente de los ingresos facturados por el ente coordinador al resto de entidades del grupo¹⁶⁰. Lo característico de este tipo de entidades, es que realizan, como consecuencia de la centralización de servicios, un cierto grado de actividad empresarial, lo que dificultará, como veremos, la aplicación de las cláusulas de limitación de beneficios, o mejor dicho, evitarán la aplicación de esas normas, porque concurre un motivo económico válido para el establecimiento de la sociedad en el territorio.

¹⁶⁰ En este sentido, junto al *treaty shopping* puede hablarse de una suerte de *country shopping* por parte de los Estados que establecen estos regímenes. Cfr. HINNEKENS, L., "Tax treaty shopping and anti-tax treaty shopping measures", *Skatteret*, núm. 14, 1996, pp. 98.

El principal problema de estos centros se produce para los Estados que ven minorados sus ingresos, por la reducción de las bases imponibles de las entidades residentes como consecuencia de la facturación procedente de esas entidades. Tampoco pueden gravar las rentas por obligación real, porque los convenios de doble imposición resultan aplicables. Finalmente, las normas sobre transparencia fiscal internacional, son difícilmente aplicables porque esas entidades realizan en cierta medida actividades empresariales.

La problemática radica en la tributación reducida por obligación personal que ofrecen los Estados que establecen estos regímenes¹⁶¹. Ello favorece la centralización, y, por consiguiente, la deslocalización hacia dichas jurisdicciones de esos servicios. A través de los convenios de doble imposición, poco se puede hacer para evitar la pérdida de la tributación en la fuente, salvo cuando el régimen fiscal del centro de coordinación *no implique la sujeción a un impuesto personal sobre la renta mundial obtenida*.

e) *Utilización de un establecimiento permanente*.- La estructura que se expondrá a continuación responde al modelo de estrategia directa. En esta estructura la tributación en el Estado de residencia de la sociedad intermedia se eliminará de la siguiente manera. Los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente por la sociedad intermedia se atribuirán a un establecimiento permanente perteneciente a esa misma sociedad situado en una jurisdicción de baja tributación. La reducción de la tributación en el Estado de la fuente se logra porque el convenio aplicable será *el celebrado con el Estado de residencia de la entidad a la que pertenece el establecimiento permanente*. Para eliminar el impuesto en el *Estado intermedio* es necesario que el Estado de la sociedad intermedia no grave los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente. Para ello ese ordenamiento debe eximir de tributación esos

¹⁶¹ Se trata, como se ha señalado, de un problema que radica en mayor medida en el hecho de que se disfruta de un régimen privilegiado en el Estado de residencia del centro de coordinación, financiación o distribución. Como veremos, éste no es el objetivo de las cláusulas de limitación de beneficios, esto es, denegar la aplicación del convenio como consecuencia del régimen tributario que se disfruta en el Estado de residencia la sociedad intermedia. Ello no quiere decir que, por el hecho de que se disfrute de un régimen privilegiado, pueda decidirse que el convenio no debe aplicarse. En este sentido, y como se analizará en el apartado IV.B del capítulo tercero, en estos casos se deniega la aplicación del convenio introduciendo una cláusula de exclusión.

rendimientos por el hecho de que se atribuyen a un establecimiento permanente situado en un tercer Estado. Igualmente, es necesario que el Estado donde se ubique el establecimiento sea una jurisdicción de baja tributación.

El éxito de esta estructura, como se puede apreciar, depende esencialmente de que se logre la exención de los rendimientos atribuidos al establecimiento permanente en el Estado intermedio. Esa exención podrá estar prevista en la legislación interna o en un convenio celebrado con el Estado de ubicación del establecimiento¹⁶². En cualquier caso, no debe ser excesivamente rigurosa su obtención, habida cuenta que el establecimiento debe estar situado en una jurisdicción de baja tributación¹⁶³.

¹⁶² Normalmente esta estructura se ha canalizado situando el establecimiento permanente en las Antillas holandesas o en Suiza y la sociedad a la que pertenece en los Países Bajos. La Administración holandesa otorgaba una consulta que garantizaba la aplicación de la exención prevista en su legislación respecto a los rendimientos atribuidos al establecimiento permanente. Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., pp. 125 y 126. Así, por ejemplo, una sociedad residente en los Países Bajos que obtiene dividendos en EEUU, afectará las participaciones que producen esos dividendos a un establecimiento situado en las Antillas holandesas. Esos dividendos no tributan en EEUU porque se aplica el convenio celebrado con los Países Bajos. Los dividendos no tributan en los Países Bajos porque están exentos, al estar afectos a un establecimiento permanente. Tampoco tributarán significativamente los dividendos en el territorio donde está ubicado el establecimiento permanente, habida cuenta de la baja tributación existente en su día en las Antillas holandesas.

¹⁶³ Esta estructura difícilmente podría articularse desde España, dada la regulación de la exención de los rendimientos atribuidos a establecimientos permanentes. La legislación española, a partir del Real Decreto Ley 3/2000, de 23 de junio, recoge esa exención en el art. 20ter de la LIS. Aunque la legislación española prevé este método, difícilmente el Estado español puede utilizarse para canalizar estas estructuras, habida cuenta que uno de los requisitos de esta exención es "que la renta obtenida por el establecimiento permanente haya sido gravada por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto [...] y que no se halle situado en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal". Como hemos visto, para viabilidad de la estructura el establecimiento permanente debe estar sujeto a una tributación mínima o inexistente. Cuando ello suceda, parece difícil que la exención española vaya a ser aplicable. Sobre las posibilidades en materia de planificación fiscal que ofrece la legislación española sobre establecimientos permanentes véase MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., "Tax Planning Opportunities Under Spain's New PE Regime", *TNI*, núm. 1, 2001, pp. 91 a 99.

CAPÍTULO SEGUNDO:

EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN Y LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE BENEFICIOS

I.- Causas y consecuencias de las estructuras *treaty shopping*

I.A.- Consideración previa

En la primera parte del trabajo se ha expuesto cómo los convenios de doble imposición intervienen en la planificación fiscal internacional y, en particular, como instrumento para reducir la tributación en la fuente. La reducción de la carga tributaria global, como consecuencia de la planificación, es resultado de la adecuada combinación de los convenios y la legislación de los Estados. Las estructuras *treaty shopping* permiten reducir la carga tributaria global *combinando* la reducción de la tributación en la fuente prevista en el convenio de doble imposición con un régimen tributario favorable en el Estado de residencia de la sociedad intermedia o conductora.

Desde el punto de vista de la aplicación de los convenios, este tipo de estructuras es posible porque *el acceso al convenio es relativamente sencillo*. Sin perjuicio de que más adelante se analice este particular con detenimiento (apartado II.B.1 de este capítulo), hay que poner de relieve que para que un convenio sea aplicable *basta con estar sujeto a tributación en un Estado por la renta mundial obtenida*. Las personas que están sujetas en un Estado por obligación personal de contribuir tienen en principio derecho a la aplicación del convenio según los arts. 1 y 4 del Modelo OCDE¹⁶⁴.

La sujeción por la renta mundial obtenida se expresa en términos abstractos, es decir, debe existir sujeción por obligación personal, sin perjuicio de que efectivamente

¹⁶⁴ Según el art. 1 del Modelo OCDE “el convenio se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes”. Son residentes a los efectos del convenio, de conformidad con el art. 4, las personas sujetas a tributación en un Estado por razón de su “domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga” por la renta mundial obtenida (obligación personal de contribuir). El concepto de residencia convencional se analizará detenidamente en el apartado II.B.1.b de este capítulo. Ahí se verá cómo algunas estructuras *treaty shopping* pueden evitarse negando simplemente la condición de residente de quién reclama la aplicación del convenio, sin necesidad de dar el siguiente paso: el cumplimiento de las cláusulas de limitación de beneficios.

se produzca tributación¹⁶⁵. Así, por ejemplo, en las estrategias directa e indirecta, la sujeción por la renta mundial obtenida de la sociedad que obtiene los rendimientos existe. Otra cosa es, sin embargo, que bien por una exención prevista en la legislación interna (estrategia directa), o bien por la compensación de los ingresos de fuente extranjera con gastos (estrategia indirecta), materialmente no se produzca tributación en el Estado de residencia de la sociedad que obtiene el rendimiento. *Basta que la sujeción por obligación personal en abstracto exista para tener la condición de residente en un Estado al efecto del convenio y, por consiguiente, para encontrarse dentro del ámbito subjetivo del mismo.*

Lograr ésto, especialmente respecto a las personas jurídicas, es relativamente sencillo. El mero hecho de la constitución conforme a las leyes de un Estado determina en gran número de jurisdicciones la sujeción por renta mundial obtenida¹⁶⁶. El Derecho mercantil de los Estados facilita también el acceso a los convenios de doble imposición, habida cuenta que en su mayoría no imponen trabas importantes a la constitución de sociedades por sujetos no residentes. Desde el punto de vista material, con carácter general, tampoco se requiere el efectivo desarrollo de una actividad económica para que se reconozca la personalidad jurídica. En definitiva, *la mera constitución de una sociedad conforme a la Ley de un Estado le atribuye, en principio, el derecho a la aplicación de todos los convenios de doble imposición celebrados por ese Estado*¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Cfr. ALI, *International...*, cit., p. 128.

¹⁶⁶ El art. 8 de la LIS establece que estarán sujetas por obligación personal de contribuir las entidades que tengan su residencia en territorio español, entre las que se encuentran "las que se hubieren constituido conforme a las leyes españolas". En Reino Unido la Ley de 1988 estableció expresamente que las sociedades constituidas conforme al Derecho inglés están sujetas por la renta mundial obtenida (cfr. SHERIDAN, D., "The Residence of Companies for Taxation Purposes", *BTR*, núm. 3, 1990, p. 78). No obstante, como señala OLIVER, J., "The Parent-Subsidiary Directive of 23 July 1990: a United Kingdom perspective", *EC Tax Review*, núm. 4, 2001, p. 212, en 1994 se limitó el alcance de dicho punto de conexión, porque se consideraba que formentaba la constitución de sociedades en Reino Unido con el fin de realizar estructuras *treaty shopping*. Sobre la utilización de este criterio de conexión para sujetar a tributación por la renta mundial obtenida, véase *La residencia fiscal de las sociedades*, CDFI, LXXIIa, Kluwer, 1987.

¹⁶⁷ El lugar de constitución, como es sabido, no es el único criterio utilizado por los Estados para sujetar a tributación a una sociedad por la renta mundial obtenida. La sede de dirección efectiva y el domicilio fiscal son criterios utilizados también por la generalidad de los sistemas tributarios. Hemos querido, sin embargo, prestar especial atención al criterio de constitución, porque es el que en mayor medida pone de relieve el fácil acceso al ámbito subjetivo de los convenios. En este sentido señala UCKMAR, V., "Elusión...", cit., p. 169 que el criterio del lugar de constitución de la sociedad

Dada la relativa facilidad con que puede obtenerse la aplicación de los convenios de doble imposición, se comprende la existencia de estructuras de planificación como las expuestas. No obstante, es necesario recordar que a la hora de decidir *desde* qué Estado se obtiene el rendimiento, no sólo hay que valorar el convenio existente con el Estado de la fuente, sino también las posibilidades que la legislación interna ofrece para eliminar la tributación por obligación personal.

En una primera aproximación, hay que significar que la introducción en el convenio de cláusulas de limitación de beneficios tiene por finalidad precisamente incidir en el ámbito subjetivo de los convenios¹⁶⁸. En virtud de estas cláusulas, *el mero hecho de estar sujeto por obligación personal de contribuir en un Estado no es suficiente para encontrarse dentro del ámbito subjetivo del convenio, al efecto de reclamar su aplicación*, especialmente por lo que se refiere a las normas que limitan la tributación en el Estado de la fuente. Estas cláusulas principalmente “cualifican” los requisitos que una sociedad perteneciente a no residentes debe cumplir al efecto de poder reclamar la aplicación de los convenios de doble imposición celebrados por el Estado donde reside¹⁶⁹.

No obstante, antes de analizar con detenimiento el fundamento y configuración de estas cláusulas, resulta imprescindible detenerse previamente en una cuestión que, en nuestra opinión, explica no sólo la existencia de este tipo de cláusulas, sino también del resto de normas que existen tanto en los convenios como en la legislación internacional para evitar la elusión fiscal (*tax avoidance*) en materia de los rendimientos internacionales (precios de transferencia, transparencia fiscal internacional, subcapitalización, etc.). Se trata del método utilizado por el Modelo

“ofrece cierto grado de flexibilidad al contribuyente, que puede elegir la jurisdicción en la que surgirá la plena obligación”.

¹⁶⁸ Cfr. LUCAS DURÁN, M., *La tributación...*, cit., p. 178 y ALMUDÍ CID, J.; SERRANO ANTÓN, F., “La residencia fiscal de las personas físicas en los convenios de doble imposición y en la normativa española”, *RCT*, núm. 221/222, 2001, pp. 82 a 83.

¹⁶⁹ Como señalan VOGEL, K.; SHANNON, H; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, cit., p. 16-4, las cláusulas de limitación de beneficios tiene por finalidad resolver la debilidad del concepto convencional de residencia.

OCDE, y recogido en los convenios que lo siguen, para distribuir los beneficios imponibles entre varias jurisdicciones tributarias.

I.B.- Los sistemas de atribución de rendimientos a la empresa internacional: el sistema de contabilidad separada y el sistema de reparto proporcional

El modelo de convenio de la OCDE, tal y como se configura en la actualidad, arranca de los trabajos realizados por la Sociedad de Naciones tras la primera Guerra Mundial¹⁷⁰. En el año 1933 el Comité Fiscal de la Sociedad de Naciones realizó un estudio sobre los sistemas de atribución de rendimientos utilizados por los Estados a las empresas que operan en el ámbito internacional (informe *Carrol*)¹⁷¹. Los sistemas que se barajaban eran fundamentalmente dos: el método de contabilidad separada (*separating accounting*) y el método de reparto proporcional (*fractional apportionment*) o sistema de cifra relativa de negocios, según la terminología acuñada en España¹⁷².

Estos sistemas utilizan técnicas distintas para asignar el beneficio obtenido por una empresa que desarrolla sus actividades en más de una jurisdicción.

Con carácter previo, hay que tener en cuenta que el concepto de empresa adoptado en el seno de la Sociedad de Naciones y posteriormente en la OCDE es un concepto restringido de empresa. El dato de la personalidad jurídica tiene una importancia significativa a la hora de imputar el beneficio. Desde los primeros trabajos de la Sociedad de Naciones se consideró que *los entes con personalidad jurídica propia son entes separados y por consiguiente centros de imputación de*

¹⁷⁰ Sobre el desarrollo de los trabajos en esta materia en la Sociedad de Naciones y posteriormente en la OCDE véanse PICCIOTTO, S., *International Business Taxation*, Quorum Books, Nueva York, pp. 1 a 63, CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional en los convenios...*, cit., pp. 33 a 40 y VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., pp. 27 a 33.

¹⁷¹ Este estudio recoge veintisiete informes de distintos Estados en los que se describen los sistemas de imputación utilizados. La versión en español del informe presentado por España ("Informe sobre la Legislación Fiscal y los procedimientos de imputación parcial de beneficios de las empresas con actividades en varios países"), realizado por el profesor VIÑUALES, se encuentra publicado en *HPE*, núm. 46, 1977, pp. 177 a 210. Hay que significar que las ideas expresadas en informe español recogen, como ha señalado DE JUAN PEÑALOSA, J.L., "Los internacionalistas Flores de Lemus y Viñuales", *HPE*, núm. 42/43, 1976, p. 265, un cuerpo de doctrina compartida por parte de su firmante, el profesor VIÑUALES, y por el profesor FLORES DE LEMUS.

¹⁷² *Cfr.* DE LUIS, F., "Métodos para distribuir los beneficios imponibles entre varias jurisdicciones tributarias", *HPE*, núm. 64, 1980, p. 173.

rentas autónomos, con independencia de que, desde un punto de vista económico, se encuentren bajo una misma unidad de actuación y de control¹⁷³. Así, por ejemplo, el hecho de que una sociedad, o varias sociedades, estén controladas por otra no convierte al conjunto en un único centro de imputación de rentas, sino que el ordenamiento tributario los trata como centros de imputación de rentas separados y autónomos¹⁷⁴.

Este mismo fenómeno se observa en los sistemas tributarios nacionales. Los impuestos sobre la renta gravan la capacidad económica demostrada por la persona jurídica y no por la empresa¹⁷⁵. La realidad demuestra que no siempre ambos conceptos coinciden. No se puede soslayar, sin embargo, que la normativa tributaria es consciente de que la realidad se muestra en muchas ocasiones como una empresa policorporativa, donde las normas tradicionales basadas en la personalidad jurídica, en la identidad entre lo formal y la realidad económica, son incapaces de satisfacer las finalidades impositivas. El ejemplo más significativo de lo anterior es el régimen de los grupos de sociedades regulado en la LIS (Capítulo VII)¹⁷⁶.

¹⁷³ Cfr. PICCIOTTO, S., *International...*, cit., p. 23. Como señala PAZ-ARES, C., "Uniones de empresas y grupos de sociedades", *RJUAM*, núm. 1, 1999, p. 237, el Derecho de sociedades también se ha construido bajo el modelo de una sociedad independiente con una voluntad social propia formada en el seno de sus órganos y actuando en persecución de un interés autónomo. En este sentido, la normativa mercantil reposa en un Derecho concebido para sociedades autónomas e independientes, tanto jurídica como económicamente. Cfr. BLÁZQUEZ, LIDOY, A., *El régimen de los grupos de sociedades en la Ley 43/1995 (Fundamentos, subjetividad, régimen sancionador y requisitos)*, CEF, Madrid, p. 30.

¹⁷⁴ No obstante, hay que significar que esta postura no era unánime en el seno de la Sociedad de Naciones, esto, es, considerar como entidades separadas aquéllas que se encuentran bajo una misma unidad de dirección y de control, como sucede en la relación matriz/filial. No obstante, el concepto restringido de empresa es el que ha prevalecido en el ámbito de la fiscalidad internacional. El profesor VIÑUALES dice en el informe presentado a la Sociedad de Naciones ("Informe sobre...", cit., p. 194) que "no hay agente menos autónomo que una sociedad filial".

¹⁷⁵ En este sentido señala ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., *Sistema tributario español y comparado*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 185 y 186, que la Ley del impuesto sobre sociedades "ha regresado al régimen anterior al año 1920. El actual impuesto en su proyección personal o subjetiva ha vuelto a los planteamientos originarios y formalistas del gravamen, en cuanto se fundamenta en la personalidad jurídica, y no en la existencia de una unidad productiva o explotación económica con titularidad colectiva o plural (las llamadas *comunidades societarias*, por ejemplo), como parece procedente en un impuesto como el que se examina".

¹⁷⁶ Este régimen pasa a denominarse "régimen de consolidación fiscal" tras la modificación operada por el art. 2.17 de la Ley 24/2001, de 31 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Por otro lado, como señala ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., *Sistema tributario...*, cit., p. 233, en los grupos de sociedades "prima la noción de unidad económica en la exacción de los impuestos empresariales como es el de sociedades, relegando a segundo término si las entidades colectivas tienen o no personalidad jurídica". En este sentido, BLÁZQUEZ LIDOY, A., *El régimen...*, cit., p. 46. Sin embargo, como indica este autor, la LIS solamente autoriza acogerse a este régimen a

Désde el punto de vista de las estructuras *treaty shopping*, como veremos, este concepto restringido de empresa facilita su realización. Los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente pueden “redirigirse” fácilmente hacia el Estado cuyo convenio quiere utilizarse. Esos rendimientos se atribuirán a la sociedad intermedia establecida al efecto, sin que proceda la consolidación de su base imponible con otros entes. Nótese que normalmente la sociedad intermedia está controlada por el titular original de los rendimientos. De aplicarse un concepto amplio de empresa a efectos tributarios, los resultados de todas partes de la empresa se consolidarían para tributar como una unidad.

Debido al concepto limitado de empresa del que parte el Modelo OCDE, estos métodos sólo se aplican a la tributación del establecimiento permanente. Como es sabido, los rendimientos de naturaleza empresarial tributan exclusivamente en el Estado de residencia, salvo que en el Estado de la fuente la persona que obtiene los rendimientos tenga un establecimiento permanente. Cada uno de estos dos métodos establece un criterio distinto para determinar qué parte del beneficio global obtenido por la persona se imputa al establecimiento permanente.

El objetivo del sistema de contabilidad separada “es que cada establecimiento sea impuesto como si constituyese un negocio independiente, distinto y diferente de la casa matriz o de otros establecimientos con los que jurídica y económicamente forma una unidad”¹⁷⁷. La determinación de la base imponible se basa en los datos contables relativos a las operaciones del establecimiento permanente, “con total y absoluta abstracción de los resultados que el negocio en su totalidad pueda lograr”¹⁷⁸. La ficción de empresa separada exige que las operaciones entre el establecimiento y otras unidades de la empresa se contabilicen como si fueran realizadas entre entidades independientes.

los grupos de carácter centralizado. Estos son aquellos que por su estructura organizativo patrimonial son semejantes a la personalidad jurídica (pp. 53 y 64).

¹⁷⁷ FORNS, J.J., *La doble imposición internacional*, Cámara Oficial de Comercio de Madrid, Madrid, 1960, p. 155.

¹⁷⁸ FORNS, J.J., *La doble imposición...*, cit., p. 155.

En este sentido, el establecimiento permanente tributa como *entidad separada* –porque es un centro de imputación de rentas autónomo- e *independiente* –porque sus operaciones deben realizarse en términos análogos a los que los realizaría una entidad independiente, incluso cuando las transacciones se desarrollen entre el establecimiento permanente con la casa central u otras partes de la empresa-¹⁷⁹.

Para garantizar que el establecimiento permanente actúe como empresa independiente o, en la terminología anglosajona, que respete el principio *at arm's length*¹⁸⁰, tanto los convenios como las legislaciones internas permiten realizar ajustes al valor de las operaciones del establecimiento permanente cuando se desarrollen con sujetos con los que se encuentra vinculados y se estime que no se ajustan a las exigencias de ese principio.

La posibilidad de realizar estos ajustes es necesaria para asegurar la recta asignación de beneficios al territorio de cada una de las partes que intervienen en la transacción, y para ello se utiliza como parámetro el principio de independencia. De no existir esta posibilidad, los resultados del establecimiento podrían alterarse fácilmente cuando éste realiza operaciones con la central, con otras partes de la empresa, o bien con entidades jurídicas independientes pero vinculadas con la entidad jurídica en la que se integra el establecimiento.

¹⁷⁹ Como señala GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento...*, cit., p. 265 no debe confundirse la consideración del establecimiento permanente como empresa separada y como empresa independiente. La condición de *empresa separada* convierte al establecimiento permanente en un *centro de atribución de rentas separado y autónomo* de la casa central o del resto de las partes de la empresa. La consideración como *entidad independiente* no afecta tanto a los rendimientos que deben asignarse al mismo sino a los criterios conforme a los cuales deben valorarse y computarse aquellos. *La independencia afecta al plano de cuantificación y distribución del rendimiento* y es posterior a la consideración separada del establecimiento, que afecta a la calificación y asignación de los hechos objeto de cuantificación.

¹⁸⁰ La expresión anglosajona *at arm's length principle* suele traducirse al español como “principio de libre concurrencia”. No obstante, como señala el profesor PALAO, “Límites a la aplicación de la norma española contra la subcapitalización: estado de la cuestión”, *RTT*, núm. 46, 1999, p. 47, es preferible traducir este principio como “principio de tributación en situación de independencia” o abreviadamente como “principio de independencia”, porque lo importante es que el impuesto se aplique como si no existiese vinculación entre las entidades implicadas, y no el tipo de mercado en que realicen su actividad, que puede ser distinto del de libre concurrencia. Aquí se utilizará la traducción propuesta por el profesor PALAO.

El sistema de contabilidad separada exige, por lo tanto, un importante esfuerzo a las Administraciones tributarias para comprobar que efectivamente las transacciones se realizan materialmente como entidad *independiente*. *Éste, sin embargo, no es un problema exclusivo de la tributación del establecimiento permanente, sino de todas las transacciones que se realizan entre sujetos que formalmente son entidades separadas pero que se encuentran vinculados o asociados*, según utilicemos la terminología del art. 16 de la LIS o del art. 9 del Modelo OCDE¹⁸¹.

Por este motivo, aunque el sistema de contabilidad separada pueda parecer en principio un sistema sencillo para la asignación del beneficio, requiere un importante esfuerzo de comprobación del valor de las transacciones, para asegurar que la independencia que se “presume” en el plano formal, tenga su reflejo también en el plano material. Como ha puesto de relieve el ingente número de trabajos doctrinales tanto en el ámbito nacional como internacional, la aplicación de este sistema es especialmente complicado¹⁸².

En efecto, la determinación del valor de las transacciones realizadas en una situación material de independencia, o como dice el art. 16 de la LIS, el valor normal de mercado, es una cuestión especialmente difícil. Ni siquiera los métodos propuestos por la OCDE han resuelto completamente esta problemática. Igualmente hay que tener presente que es materialmente imposible que las Administraciones tributarias puedan comprobar individualizadamente todas las transacciones entre partes vinculadas, para determinar si cumplen los requisitos del principio *at arm's length*¹⁸³.

¹⁸¹ Como señala ESTEVE PARDO, M.L., *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 12 los supuestos de vinculación establecidos en las disposiciones citadas pueden reconducirse a tres categorías fundamentales: participaciones financieras significativas, situaciones de hecho generadoras de dominio que otorguen poder de decisión y vinculaciones personales. En todos estos supuestos, nos encontramos ante situaciones en las que entidades que se encuentran bajo una misma unidad actuación y control, a pesar de que jurídicamente sean entidades separadas y, en virtud del método de contabilidad separada, entidades independientes.

¹⁸² Como señaló el profesor VIÑUALES en el informe presentado a la Sociedad de Naciones (“Informe...”, *cit.*, p. 192) “el punto más delicado [del método de contabilidad separada es] el control de los precios facturados por la matriz a las sucursales o a las filiales”.

¹⁸³ Cfr. SADIQ, K., “Unitary Taxation -The Case for Global Formulary Apportionment”, *ET*, núm. 7, 2001, p. 281.

La sencillez que se desprende *a priori* del método de contabilidad separada como criterio de determinación e imputación del beneficio al establecimiento permanente y a entidades con personalidad jurídica propia, no se corresponde con las exigencias que demanda su correcta aplicación. Sin embargo, este método se ha consolidado como el método preferente tanto en los convenios de doble imposición, como en las legislaciones internas¹⁸⁴.

El sistema de cifra relativa de negocios parte de una concepción de la empresa “como unidad no susceptible de fraccionamiento y el beneficio a ella imputable es un conjunto sintético, sin existencia real contemplado a nivel de sus distintas partes”¹⁸⁵. En principio, esta concepción de la empresa trascendería del mero dato de la personalidad jurídica, incluyéndose todos aquellos entes que se encuentren bajo una misma unidad de actuación y de control, en la que exista un interés común¹⁸⁶. Esta concepción del concepto de empresa no consideraría entidades independientes y separadas a los “entes” dotados de personalidad jurídica, siempre y cuando se encuentren bajo la misma unidad de actuación y control¹⁸⁷.

Sin embargo, como hemos visto, no es este concepto de empresa el que ha prevalecido¹⁸⁸. Las entidades que tienen personalidad jurídica se consideran *entidades separadas*, por lo que actúan como centros de atribución de rentas separados y autónomos, a pesar de que económicamente se integren en una unidad económica superior. Por ello, *este método se utiliza exclusivamente para la atribución y distribución del beneficio entre la central y los distintos establecimientos permanentes que se integran en una misma persona jurídica*.

¹⁸⁴ Cfr. PICCIOTO, S., *International...*, cit., p. 31. Señala el art. 7.2 del Modelo OCDE que “se atribuirán a dicho establecimiento los beneficios que hubiera podido obtener de ser una empresa distinta y separada que realizase las mismas o similares actividades, en las mismas o similares condiciones, y tratase con total independencia con la empresa de la que es establecimiento permanente”.

¹⁸⁵ DEL ARCO RUETE, L., “Comentarios al informe del profesor Viñuales sobre el Régimen Fiscal de las Empresas operando en varios países”, *HPE*, núm. 46, 1977, p. 173.

¹⁸⁶ Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento...*, cit., p. 268.

¹⁸⁷ Cfr. BLÁZQUEZ LIDOY, A., *El régimen...*, cit., pp. 152 y 153. Justamente este autor propone gravar las unidades empresariales con independencia de cuál sea la forma jurídica que adopte cada parte de la misma. En su opinión es errónea la pretendida identidad entre persona jurídica y empresa.

¹⁸⁸ Cfr. PICCIOTTO, S., *International...*, cit., p. 27.

Prescindiendo por el momento de la problemática en cuanto a la extensión del concepto de empresa, el sistema de cifra relativa de los negocios "toma en consideración el beneficio total obtenido por la unidad empresarial para posteriormente repartirlo entre los diferentes establecimientos, utilizando para ello variables o métodos de reparto"¹⁸⁹.

El beneficio total se distribuye entre las distintas partes de la empresa mediante la utilización de un módulo. *El módulo o parámetro de reparto utilizado debe distribuir el beneficio en función de la contribución que haya realizado cada parte de la empresa a la generación del beneficio global.* El módulo será más perfecto en la medida que establezca con mayor exactitud cuál es la concreta contribución que ha realizado cada parte de la empresa a la generación de valor¹⁹⁰.

Como señala el profesor GARCÍA PRATS, la consideración unitaria de la empresa implica una comprensión diferente de la dimensión tributaria internacional. El beneficio total de la empresa se reparte entre los Estados en los que se ha generado el rendimiento, cumpliéndose así las exigencias del *test del cien por cien*. En virtud de

¹⁸⁹ GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento...*, cit., p. 266. Así, por ejemplo, un grupo empresarial con filiales en varios Estados puede que conjuntamente obtenga un beneficio pero, si se analiza individualmente el resultado contable de cada filial, es posible que algunas arrojen un resultado positivo y otras un resultado negativo. Según este método, el Estado de residencia de la filial exigirá el impuesto correspondiente por la parte del beneficio del grupo empresarial que es imputable a esta parte de la empresa. *Sensu contrario*, si el resultado de la unidad empresarial es adverso, el Estado de residencia de cada una de las partes de la misma, no podrá sujetar a gravamen, a pesar de que contablemente exista un beneficio.

¹⁹⁰ Los criterios adoptados generalmente pueden agruparse en tres categorías, según se basen en los ingresos de la empresa, en sus gastos o en la estructura de su capital. El primer grupo comprende los métodos basados en la cifra de negocios; el segundo, los que toman como base los salarios; y el tercero, los que se fundan en el capital circulante de la empresa atribuido a cada sucursal o parte de aquélla. La fórmula mayormente utilizada consiste en sumar las proporciones relativas de los factores utilizados -salarios, activo y volumen de ventas- en cada parte de la empresa y aplicarlo a la suma total de rendimientos. En España el sistema de cifra relativa de negocios se aplicó desde 1920 hasta 1964. Este sistema adoptaba un criterio amplio de empresa que incluía todos aquellos establecimientos, tuvieran personalidad jurídica o no, que estuvieran bajo un mismo control o sujetos a uno mismos intereses generales de gestión. El método de cifra relativa se utilizaba para calcular tanto el beneficio obtenido por empresas españolas en el extranjero, como empresas extranjeras en España. La determinación del módulo quedaba encomendada a un Jurado de Utilidades, órgano formado por funcionarios y contribuyentes. La Ley no establecía con carácter general ningún parámetro para calcular el módulo. El Jurado calculaba la cifra con arreglo a determinados criterios que variaban en función de la naturaleza de las actividades desarrolladas por la sociedad y la relación existente entre los establecimientos situados en España y sus actividades, la casa central y los demás establecimientos de la empresa. Cfr. PICCIOTTO, S., *International...*, cit., p. 33 y GARCÍA PRATS, E., *El establecimiento...*, cit., pp. 61 a 67.

este test la empresa no puede ser gravada por un beneficio mayor al realmente obtenido¹⁹¹. Cada Estado sólo puede gravar la parte de beneficio asignado. De esta manera, no se produce doble imposición internacional, ya que no se yuxtaponen dos gravámenes, uno en virtud del principio de residencia y otro como consecuencia del principio de territorialidad (obligación real).

Este sistema tiene la ventaja frente al método de contabilidad separada que hace innecesario comprobar si las transacciones entre entidades vinculadas se ajustan al principio de independencia, toda vez que el beneficio se calcula de manera conjunta¹⁹².

Este método resuelve gran parte de los problemas que plantea el sistema de contabilidad separada y el tratamiento como entidades separadas de las entidades dotadas de personalidad jurídica propia pero que se encuentran bajo una misma unidad de actuación y control. Como el beneficio se determina conjuntamente, se evita que los precios de transferencia se utilicen para deslocalizar ficticiamente el beneficio. Correlativamente, tampoco es necesario que las Administraciones tributarias controlen que las entidades vinculadas respeten el principio de independencia en sus transacciones, pues no se utiliza este parámetro para valorar las transacciones.

Desde la óptica de nuestro estudio, el método de cifra relativa restringe la efectividad de las estructuras *treaty shopping*. Como consecuencia de este método, un Estado sólo tiene derecho a gravar los rendimientos de la empresa que efectivamente se hayan producido en su jurisdicción o dicho de otra manera, *solamente tendrá derecho a gravar los rendimientos obtenidos en su territorio que la parte de la empresa situada en el mismo haya contribuido efectivamente a generar*. Por lo tanto, el mero hecho de que formalmente se impute un rendimiento a un ente con personalidad jurídica no supone necesariamente, según este método, que el Estado

¹⁹¹ Como señala DE JUAN PEÑALOSA, J.L., "Los internacionalistas...", *cit.*, p. 267, se satisface las exigencias del test del cien por cien cuando las sumas de los gravámenes parciales, separados, equivalgan al gravamen total de la empresa considerada como un todo.

¹⁹² *Cfr.* SADIQ, K., "Unitary Taxation...", *cit.*, p. 281.

donde reside o está situado el ente al que formalmente se imputa el rendimiento tenga derecho a gravarlo.

En la estrategia indirecta o *stepping stone*, según este método difícilmente puede imputarse completamente la obtención del rendimiento a la sociedad intermedia. Nótese que dicha sociedad actúa como un intermediario en la cesión del activo que genera el beneficio. El simple hecho de actuar como intermediario, desde la óptica de este método, no es suficiente para considerar que es esa la que ha generado el rendimiento. Será el ente que ha generado el valor, es decir, quien ha contribuido de manera efectiva a la producción del activo que genera la renta, al que deberá imputarse la misma. Por lo tanto, el beneficio no debe entenderse obtenido desde el Estado del “ente” que recoge en su contabilidad el rendimiento, sino desde el Estado de la entidad que ha producido el activo que genera dicho rendimiento.

Desde este punto de vista, también hay que tener en cuenta que el método de cifra relativa elimina la doble imposición internacional de forma distinta al sistema articulado en los convenios que siguen el modelo OCDE.

En principio, cada Estado solamente puede gravar el beneficio atribuido a su territorio. No es posible gravar la renta mundial obtenida por la parte de la empresa que se encuentra en su territorio, como sucede en el Modelo OCDE. Al no ser posible la yuxtaposición de un gravamen real con otro personal, no se produce doble imposición internacional. No obstante, este método tampoco excluye por sí mismo el principio de residencia, habida cuenta que en una primera fase lo único que determina es el beneficio obtenido en cada Estado¹⁹³. Ello no impide al Estado de residencia establecer un gravamen por la renta mundial obtenida, sin perjuicio de que adopte las medidas oportunas para eliminar la doble imposición internacional que se produce al yuxtaponerse un gravamen en fuente y en residencia. No obstante, no puede soslayarse que la determinación de cuál es el Estado de residencia de la empresa es ciertamente difícil, especialmente si se emplea un concepto de empresa en sentido

¹⁹³ En este sentido, DEL ARCO RUETE, L., “Comentarios...”, *cit.*, p. 173.

amplio, esto es, se incluyen todas las partes de la empresa, aunque desde un punto de vista jurídico se traten de entidades separadas.

A pesar de ello, en nuestra opinión, si se utiliza el concepto extensivo de empresa, el Estado de residencia debe ser el Estado donde se encuentre la parte de la empresa que ejerce la dirección unitaria¹⁹⁴. Según lo anterior, el convenio de doble imposición aplicable sería el existente entre los distintos Estados en los que se imputa la obtención del beneficio (Estado de la fuente), y el Estado de residencia donde se ejerce la dirección unitaria del conjunto de la empresa.

Desde este punto de vista, las estructuras *treaty shopping* en las que no subyace sustancia económica alguna no conseguirían sus objetivos, porque el convenio de doble imposición entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia de la entidad a la que formalmente percibe el rendimiento no sería aplicable. Sólo sería de aplicación el convenio celebrado con el Estado donde se encuentra la parte de la empresa que ejerce la dirección unitaria. Como fácilmente puede deducirse, la creación de una sociedad meramente instrumental en un Estado para la obtención de un rendimiento, y así obtener la aplicación del convenio con el Estado de la fuente es relativamente sencillo. No lo es tanto, sin embargo, si para obtener la aplicación del convenio, es necesario trasladar el centro de dirección de la empresa al Estado cuyo convenio con el Estado de la fuente se quiere utilizar.

Lo cierto es que el método de reparto proporcional, en los términos expuestos, no ha sido finalmente el que se ha consagrado con carácter general en los convenios de doble imposición y en la legislación de los Estados. *En el Modelo OCDE el método de reparto proporcional se aplica con carácter subsidiario al método de contabilidad separada. Además, sólo se aplica al efecto de calcular el beneficio que se asigna al establecimiento permanente*¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Cfr. LODIN, S.; GAMMIE, M., "The Taxation of the European Company", *ET*, núm. 8, 1999, p. 291.

¹⁹⁵ Cfr. PICCIOTTO, S., *International...*, cit., p. 32.

Las razones que han llevado a desechar el método de reparto proporcional son las dificultades que *a priori* conlleva su articulación, especialmente porque requiere un grado de uniformidad en los sistemas tributarios de los Estados difícil de alcanzar¹⁹⁶.

En primer lugar, la propia definición del concepto de empresa: ¿debe quedar determinado por la personalidad jurídica de una sociedad o por su extensión a un grupo definido por la existencia de un interés común y de una unidad de control?¹⁹⁷ Parece que, para su correcta aplicación, la personalidad jurídica no debería ser un aspecto determinante para decidir los elementos que se engloban en la empresa. Por el contrario, *desde los primeros trabajos de la Sociedad de Naciones, los sujetos con personalidad jurídica propia siempre se han considerado como entidades separadas, es decir, constituyen centros autónomos y separados de imputación de rendimientos*¹⁹⁸.

En segundo lugar, para lograr el objetivo del cien por cien, todos los Estados en los que actúa la empresa deben determinar de manera uniforme el beneficio global obtenido. No tendría sentido utilizar este método si previamente los Estados no están de acuerdo sobre cuál es el beneficio de la empresa que ha de repartirse entre las jurisdicciones que han intervenido en su generación.

En tercer lugar, aunque se lograra consenso sobre cuál es el beneficio a repartir, faltaría todavía por determinar el módulo para establecer el reparto¹⁹⁹. En este sentido, al igual que ocurre con la determinación del valor normal de mercado en las operaciones vinculadas, la determinación de módulo es también difícil, habida cuenta que no cualquier parámetro es válido para ello. "El módulo o factor de reparto [debe ser acorde] con la naturaleza de las actividades llevadas a cabo por las diferentes partes de la empresa y que respeten al mismo tiempo una asignación razonable de los beneficios en función de la importancia o de la colaboración de esta parte a los resultados generales de la unidad empresarial. Es imposible tener en cuenta todos los

¹⁹⁶ Un claro ejemplo de ello es que en el ámbito de organizaciones internacionales con un alto grado de integración, como la Unión Europea, no ha sido posible alcanzar el acuerdo necesario para establecer la uniformidad de sistemas necesaria.

¹⁹⁷ Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento...*, cit., p. 268 y BLÁZQUEZ LIDOY, A., *El régimen...*, cit., p. 159.

¹⁹⁸ Cfr. PICCIOTTO, S., *International...*, cit., pp. 23 y 27.

¹⁹⁹ Cfr. LODIN, S.; GAMMIE, M., "The Taxation...", cit., pp. 292 y 293.

factores que concurren en la producción del beneficio total de la empresa. Debe admitirse que los factores productivos varían de una empresa a otra, por lo que surgen problemas en el momento de efectuar el reparto entre las diferentes partes”²⁰⁰.

A pesar de las dificultades objetivas que pueda plantear su determinación, es improbable que los Estados implicados lleguen a un acuerdo al respecto. Ello no quiere decir que objetivamente este método no pueda resolver en mejor medida la tributación internacional de los rendimientos. De hecho, este método se sigue utilizando en algunos casos para la distribución del beneficio obtenido por un ente que actúa en varios territorios. Sin embargo, en estos supuestos existe una autoridad común a los territorios implicados capaz de imponer un método uniforme de determinación y reparto del beneficio²⁰¹.

En consecuencia, aunque en el plano teórico el método proporcional pueda parecer un método mejor, en la práctica la consecución de sus objetivos necesitaba del consenso de los Estados involucrados para llevar a la práctica el mismo sistema de determinación de beneficios y con arreglo a los mismos criterios, consenso que no se logró. De ahí, que “los problemas que pretendían solucionarse con la creación de un método, devenían mayores en caso de no aceptación global del sistema por los diferentes” Estados²⁰². Ello no quiere decir que en la actualidad se haya descartado

²⁰⁰ GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento...*, cit., p. 268.

²⁰¹ Los arts. 18 a 21 de la Ley 18/1981, de 13 de mayo, que regula el Concierto Económico con el País Vasco (Ley cuya vigencia ha sido prorrogada por la Ley 25/2001, de 27 de diciembre), establecen un sistema de cifra de negocios para la distribución de la cuota del Impuesto sobre Sociedades de entidades que operan tanto en el territorio de las Diputaciones Forales vascas como en el resto del territorio español. La Ley establece una serie de módulos en función del tipo de actividad que realiza cada sociedad. El módulo se fija en virtud de acuerdo entre la Administración del Estado, la Comunidad Autónoma del País Vasco y las Diputaciones Forales. De no haber acuerdo, una Junta Arbitral fijaría definitivamente el módulo. Respecto al caso de los EEUU, hay que señalar también que alguno de los Estados federales adoptaron este sistema de cifra relativa a partir de 1957. Ello creó un conflicto importante entre el Gobierno Federal y el Gobierno de los Estados, debido a las presiones de terceros Estados al Gobierno Federal, ya que las sociedades que operaban en territorio americano se veían afectadas por este sistema. Los convenios de doble imposición celebrados por los EEUU sólo inciden sobre los impuestos federales, por lo que lo que los principios de los convenios (sistema de contabilidad separada) no son aplicables a los impuestos Estados federales. Sobre ello véanse PICCIOTTO, S., *International...*, cit., pp. 230 a 249 y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community*, Kluwer, Londres, 1999, pp. 55 a 59.

²⁰² GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento...*, cit., p. 65.

completamente la utilización de este método en el ámbito internacional. De hecho existe una corriente reciente a favor de su implantación en el ámbito europeo²⁰³.

En el ámbito del Derecho internacional tributario ha prevalecido el modelo de contabilidad separada. La posición de partida y los presupuestos sobre los que se fundamenta es muy distinta. Mientras que *el sistema de cifra relativa se corresponde con una idea global del fenómeno internacional tributario y de los problemas derivados de la tributación directa de las sociedades con una dimensión internacional*, el sistema de contabilidad separada parte principalmente de una concepción bilateral y aislada de la resolución de los problemas que se plantean en este ámbito²⁰⁴.

El concepto de empresa separada e independiente del modelo de contabilidad separada parte de una concepción eminentemente formalista de la dimensión internacional de los entes que intervienen en la escena internacional. El mero dato de la personalidad jurídica convierte a los sujetos que operan a escala internacional en entidades separadas e independientes. Ello permite la deslocalización de las rentas, bien mediante la atribución formal a un sujeto creado *ad hoc* en la jurisdicción elegida, o bien mediante los precios de transferencia cuando las transacciones se realizan entre sujetos vinculados.

²⁰³ Cfr. MCLURE, "European Integration and Taxation of Corporate Income at Source: Lessons from the US", en GAMMIE, M.; ROBINSON, B., *Beyond 1992: An European Tax System*, Institute for Fiscal Studies, Londres, 1992, pp. 39 a 51 (citado por GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento...*, cit., p. 268, nota 37), LODIN, S.; GAMMIE, M., "The Taxation...", cit., pp. 286 a 294 y SADIQ, K., "Unitary Taxation...", cit., pp. 275 a 286. Estos autores proponen un sistema que permita a una entidad que realiza actividades en más de un Estado de la Unión Europea tributar conforme a un régimen único. La base imponible se calcularía de acuerdo con las normas del Estado comunitario donde se encuentre la parte de la empresa que ejerce la dirección unitaria (*home state*). La base imponible se repartirían entre los Estados donde desarrolla la empresa sus actividades. El beneficio asignado a cada Estado se gravaría de acuerdo con los tipos de gravámenes establecidos en su legislación. Estas propuestas se recogen en la Comunicación de la Comisión al Consejo, el Parlamento Europeo y el Comité Económico-Social de 23 de octubre de 2001, titulado "Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria". La Comisión señala en esta comunicación la necesidad de adoptar medidas globales, y no solamente específicas, para resolver los obstáculos que la imposición directa supone a la realización efectiva de las libertades comunitarias.

²⁰⁴ Eso explica también que el Modelo OCDE no resuelva los casos triangulares. Cfr. VAN RAAD, K., "The 1992 OCDE Model Treaty: triangular cases.", *ET*, núm. 9, 1993, p. 298 y EASSON, A., "Do We Still Need Tax Treaties", *BIFD*, núm. 12, 2000, p. 620.

Asimismo, la importancia de los aspectos formales reduce los convenios, en muchos casos, a una cuestión meramente bilateral. A la hora de negociarse los convenios, los Estados se limitan a distribuir la tributación sobre los flujos de rendimientos que se producen entre ambos Estados. El examen, y la determinación de esos flujos de rentas, se limita a los que se producen entre ambos Estados y, en particular, entre los residentes en cada uno de ellos. El análisis se realiza desde una perspectiva reducida a lo que sucede en ambos Estados. Ir más allá desbordaría las posibilidades que ofrece el método de contabilidad separada, porque las entidades jurídicamente separadas residentes en terceros Estados, son centros de imputación autónomos e independientes, que no pueden ser objeto de tratamiento, ni tampoco tomados en consideración.

Desde este punto de vista, el régimen de tributación que finalmente se fije en el convenio, estará claramente subordinado a la situación económica de la que parte cada unidad de negociación en el momento de realizarse la misma. Este sistema renuncia a armonizar cualquier aspecto de la determinación del rendimiento que está sujeto a imposición. Se limita a distribuir los rendimientos producidos en uno y otro Estado, desde una perspectiva que otorga gran importancia a la personalidad jurídica.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos significar que no es nuestro objetivo resolver los inconvenientes del método de contabilidad separada. Tampoco se propone la adopción del método de cifra relativa. Simplemente pretendemos destacar cuáles son los presupuestos sobre los que se asientan los convenios de doble imposición negociados con base al Modelo OCDE, para poder situar la cláusulas de limitación de beneficios en el marco en que aparecen.

El concepto formal de entidad separada, que subyace a este método, permite que el mero hecho de constituir una sociedad con personalidad jurídica propia sea suficiente para crear un centro autónomo e independiente de atribución de rentas. Como consecuencia de ello, la mera creación de una sociedad en otro Estado es suficiente para considerar que los rendimientos atribuidos formalmente a la misma deben ser objeto de tributación en ese Estado. Por ello, es posible, por un lado, la

creación de sociedades para la acumulación de rentas en jurisdicciones de baja tributación (sociedades base), como dirigir la obtención de un rendimiento hacia una sociedad residente en un determinado Estado, con el único objetivo de lograr la aplicación del convenio de la doble imposición celebrado con el Estado de la fuente.

Tal y como está configurado el método de contabilidad separada, *a priori* no son combatibles estas maniobras elusivas. El respeto al principio de empresa separada impide imputar a un sujeto distinto la obtención del rendimiento. Los parámetros que se tienen en cuenta se reducen a lo que sucede entre las entidades separadas e independientes que se encuentran en los Estados que celebran el convenio. El hecho de que puedan integrarse en una unidad superior de actuación y control, deviene en una cuestión irrelevante a los efectos de ese convenio. Otra cosa es que, materialmente, pueda surtir algún efecto. Al considerarse los Estados y los convenios como compartimentos estancos, cada convenio es un instrumento diferente, que se configura de acuerdo con la visión particular que tienen los Estados parte a la hora de negociar un convenio. Ello genera indefectiblemente que cada convenio sea un convenio sin par, como resultado de la negociación desde una óptica limitada, o lo que es lo mismo, reducida a lo que sucede entre los estados que celebran el convenio, pero sin tener presente hechos que aunque formalmente suceden en terceros Estados tienen consecuencias directas en las economías de esos Estados.

Las diferencias existentes entre los convenios de doble imposición, unidas a las diferencias ínsitas a las legislaciones de los distintos Estados, pueden generar consecuencias muy gravosas para los operadores internacionales (doble o triple imposición), pero también permite a quien combina esas diferencias hábilmente reducir sensiblemente, incluso anular, la tributación en cualquier de los Estados en los que opera²⁰⁵. En este sentido, la diferencia constituye una oportunidad a la planificación²⁰⁶.

²⁰⁵ Cfr. SIMÓN ACOSTA, E., en CASADO OLLERO, G., *et al.*, *Cuestiones Tributarias Prácticas*, La Ley, Madrid, 1990, p. 113.

²⁰⁶ Cfr. LODIN, S.; GAMMIE, M., "The Taxation...", *cit.*, p. 286.

Ello explica por qué no sólo los Estados, sino también desde los sectores económicos, rechazasen el modelo de cifra relativa. Como hemos visto, el hecho de adoptar una postura uniforme, para resolver el problema de la doble imposición internacional, suponía eliminar, al mismo tiempo, *las oportunidades que la diferencia de regímenes supone para la planificación fiscal*.

Las distintas normas calificadas como “anti-elusivas” o contra el fraude a la ley, introducidas en los últimos tiempos en los convenios de doble imposición y en las legislaciones nacionales están dirigidas justamente a resolver las carencias del método de contabilidad separada, especialmente por la concepción excesivamente formalista de la que parte a la hora de definir lo que es una empresa separada e independiente.

La formalidad con la que se entienden los conceptos de entidad separada y entidad independiente en el ámbito de los convenios de doble imposición, es la causa misma de la aparición de todas las conductas elusivas en este ámbito. Las medidas adoptadas no pretenden cambiar el sistema, sino solamente corregir los aspectos en los que se ha detectado el problema.

Veamos algunos ejemplos para constatar lo anterior. Para garantizar que las transacciones realizadas entre sujetos vinculados se ajustan al principio de independencia se ha desarrollado una prolija normativa en materia de precios de transferencia y subcapitalización. Si nos atenemos a la experiencia española, debe resaltarse que la Administración tributaria no ha tenido excesivo éxito a la hora de aplicar la normativa en materia de operaciones vinculadas. Los tribunales en contadas ocasiones han considerado que la Administración tributaria ha probado suficientemente cuál es el valor de mercado del que se parte para realizar el ajuste²⁰⁷.

En segundo lugar, los problemas originados por la creación de sociedades en jurisdicciones de baja tributación con el fin de acumular rentas de carácter pasivo, se

²⁰⁷ Cfr. MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *La tributación de las operaciones vinculadas*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 164 y COLLADO ARMENGOL, A.; DELGADO PACHECO, A., “Pasado, presente y futuro del régimen de los precios de transferencia en España”, en SERRANO ANTÓN, F., (coord.), *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid, 2001, pp. 643 a 650.

han afrontado mediante la adopción por los legisladores nacionales de normas en materia de *transparencia fiscal internacional*. Este régimen pretende justamente superar la barrera de la personalidad jurídica, imputando a los partícipes las rentas remansadas en la sociedad base.

Este sistema de imputación de rentas ha planteado a la doctrina y la jurisprudencia algunas dudas sobre su compatibilidad con los convenios de doble imposición, precisamente porque, implícitamente, estaría quebrando el concepto restringido de empresa del método de contabilidad separada. En principio, los rendimientos obtenidos por la sociedad base solamente pueden gravarse por el Estado de residencia del partícipe cuando se procede a su distribución. Hasta que la misma no se produzca, el Estado de residencia del partícipe no puede gravar esos rendimientos. No obstante, existen argumentos para sostener la compatibilidad con los convenios en los que no nos vamos a detener²⁰⁸. Baste con señalar que su compatibilidad con los convenios es dudosa²⁰⁹.

En último lugar, como hemos visto, el método de contabilidad separada permite modificar fácilmente el Estado desde el que se obtienen los rendimientos, lo que facilita la realización de estructuras *treaty shopping*.

Para evitar que se aplique el régimen del convenio a estas estructuras, se han adoptado en el ámbito convencional medidas para restringir o reforzar el ámbito subjetivo de los convenios. Ese es el efecto principal, como veremos, de la introducción en los convenios de las cláusulas de limitación de beneficios. En estos casos, a diferencia de lo que sucede con las normas en materia de transparencia fiscal internacional, no se desconoce la personalidad jurídica. Las cláusulas de limitación de beneficios sólo deniegan la aplicación del convenio a quien no cumple con sus requisitos. No obstante, en cierta medida se produce el levantamiento del velo de la

²⁰⁸ Sobre ello véase el informe de la OCDE sobre esta materia (OCDE, *Controlled Foreign Company Legislation*, OECD, París, 1996).

²⁰⁹ Los tribunales franceses han dictado varias resoluciones declarando incompatible el régimen de transparencia fiscal internacional previsto en su legislación con los convenios de doble imposición. Cfr. DOUVIER, P.; BOUZORAA, D., "France: Court of Appeals Confirms Incompatibility of CFC Rules with Tax Treaties. Decision of the Court of Appeals of Paris of 30 January 2001", *ET*, núm. 5, 2001, pp. 184 a 186.

personalidad jurídica, porque uno de los criterios utilizados por esas cláusulas para denegar la aplicación del convenio es el Estado de residencia de los partícipes de la sociedad.

I.C.- Consecuencias de las estructuras *treaty shopping* y razones para la adopción de medidas contra las mismas

Como hemos señalado en el apartado anterior, una de las consecuencias del modelo de contabilidad separada que consagra el Modelo OCDE, es que las entidades con personalidad jurídica propia son *entidades separadas* y, por lo tanto, centros de imputación autónomos. Una entidad separada puede obtener rendimientos *en* jurisdicciones diferentes. De acuerdo con el esquema de tributación del Modelo OCDE, esos rendimientos sólo se consideran obtenidos *desde* el Estado en el que el ente separado tiene su residencia, es decir, donde está sujeto a tributación por la renta mundial obtenida.

La característica esencial del treaty shopping es la modificación del Estado desde el que se obtienen los rendimientos. Ello pasa por modificar el sujeto al que se le imputa la obtención del rendimiento. El objetivo de esta modificación es la aplicación de un convenio de doble imposición que elimina o reduce significativamente el gravamen real que se produce en el Estado *en* el que se obtiene el rendimiento (Estado de la fuente). Para que efectivamente sea así, el sujeto al que se le imputa el rendimiento debe ser residente en el sentido del Modelo OCDE en el Estado que ha celebrado el convenio con el Estado de la fuente que produce el efecto referido: eliminación o reducción significativa de la tributación en la fuente.

El concepto convencional de ente separado e independiente facilita la modificación del “Estado *desde* el que se obtiene el rendimiento”. Siempre que se haya producido la transmisión efectiva del rendimiento o el activo que genera el rendimiento a una entidad con personalidad jurídica propia, se entenderá que el adquirente es el sujeto al que debe atribuirse el rendimiento. De igual modo, para modificar el Estado “desde el que se obtiene el rendimiento” al efecto del convenio, sólo es necesario que la nueva entidad a la que se imputa el rendimiento resida en el

Estado que ha celebrado el convenio con el Estado de la fuente que se quiere utilizar. En principio, basta con estar sujeto a gravamen por la renta mundial obtenida en ese Estado. El esquema de esta operación es, en principio, relativamente sencillo.

*En una primera aproximación, el perjuicio inmediato de este tipo de estructuras lo sufre el Estado de la fuente*²¹⁰. En virtud del convenio, el Estado de la fuente no puede exigir un gravamen sobre el rendimiento generado en su territorio superior al establecido en el convenio (techo de imposición). De no haber resultado aplicable el convenio, el gravamen existente en el Estado de la fuente hubiera sido aplicable sin ningún tipo de restricción. El Estado donde se genera el rendimiento experimenta un perjuicio económico, habida cuenta que ingresa una deuda tributaria inferior a la establecida por su legislación interna. En consecuencia, es en la obligación real de contribuir donde se residencian las consecuencias inmediatas del *treaty shopping*.

A pesar de seguir en su mayoría el Modelo OCDE, los convenios para evitar la doble imposición son por esencia de carácter bilateral²¹¹. El convenio celebrado entre dos Estados es el resultado de una negociación en el que cada uno ha hecho valer sus intereses y, especialmente, los intereses que cada Estado tiene en el otro. Como parece obvio, al ser diferentes los intereses que confluyen en cada proceso de negociación, los resultados de ese proceso también se materializan de forma diferente en los convenios. De ahí, que los convenios para evitar la doble imposición celebrados por un Estado son necesariamente diferentes, toda vez que se han celebrado con Estados distintos²¹².

Solamente si examinamos cuál es el régimen de tributación en la fuente de los cánones en la red de convenios celebrados por España se observa que el techo de

²¹⁰ Cfr. TERR, L., "Treaty routing vs. treaty shopping: Planning for multicountry investment flows under modern limitation on benefits articles", *Intertax*, núm. 12, 1989, p. 523.

²¹¹ Cfr. DEL ARCO RUETE, L., *Doble imposición...*, cit., p. 23.

²¹² Cfr. ROSENBLOOM, H.; LANGBEIN, S., "United States Tax Treaty Policy: An Overview", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 19, 1981, p. 402 y SERRANO ANTÓN, F., "Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los convenios para evitar la doble imposición: Historia, tipos, fines, estructura y aplicación", en SERRANO ANTÓN, F. (coord.), *Fiscalidad internacional*, CEF, Madrid, p. 99.

imposición circula entre una horquilla que va desde cero (convenio con Bulgaria) hasta el veinte por ciento (convenio con la India). La negociación de un techo de imposición superior o inferior en la fuente está motivada por los intereses económicos que cada Estado contratante tiene en el otro. *El volumen de los flujos de capitales existentes entre los Estados incide esencialmente en el resultado de la negociación plasmado en el convenio*²¹³.

En este sentido, como acertadamente señala KINGSON²¹⁴, en materia de convenios de doble imposición, "más es menos". La posición negociadora de un Estado es inversamente proporcional al volumen de inversión que tenga en el otro Estado, especialmente cuando se pretende que el convenio reduzca significativamente la tributación en la fuente. Y ello porque el principio de reciprocidad que preside los convenios para evitar la doble imposición no debe examinarse exclusivamente desde una óptica formal, es decir, no porque el convenio establezca el mismo techo de imposición en la fuente para ambos Estados, las consecuencias materiales son las mismas para los Estados parte del convenio.

Así, por ejemplo, si dos Estados pactan que los cánones tributarán exclusivamente en el Estado de residencia, sólo habrá reciprocidad en sentido material: si el volumen de cánones procedentes de uno y otro Estado es equiparable²¹⁵. Como señala KINGSON, el volumen del flujo de las inversiones es especialmente importante a la hora de apreciar si hay reciprocidad en el régimen pactado²¹⁶. Para evitar esta situación algunos convenios establecen regímenes diferentes según cuál sea el Estado

²¹³ Cfr. ROSENBLOOM, H.D., "Tax Treaty Abuse: Policies and Issues", *Law and Policy in International Business*, núm. 15, 1983, p.734 y 735.

²¹⁴ KINGSON, C., "The Coherence of International Taxation", *Columbia Law Review*, vol. 81, núm. 6, 1981, p. 1169.

²¹⁵ El Estado F paga cada ejercicio 1000 unidades en concepto de cánones al Estado R. El Estado R paga cada ejercicio 100 unidades en concepto de cánones residentes en el Estado F. La legislación interna de ambos Estados prevé un gravamen del 30 por 100, gravamen que se elimina en virtud del convenio. Aunque ambos Estados otorgan el mismo tratamiento, las concesiones que se realizan mutuamente no son equiparables. Mientras el Estado F deja de recaudar 300 unidades de cuenta, el Estado R sólo deja de recaudar 30 unidades de cuenta. La pérdida recaudatoria en virtud del convenio es diez veces mayor para el Estado F con respecto al Estado R.

²¹⁶ KINGSON, C., "The Coherence...", *cit.*, p. 1172. Como señala LUCAS DURÁN, M., *La tributación...*, *cit.*, pp. 105 y 105 la reciprocidad material presupone una igualdad en la cuantía de los flujos de rendimientos producidos entre los Estados parte del convenio: si los flujos son idénticos, el sacrificio financiero de un Estado por no gravar esos rendimientos se verá compensado por la renuncia del otro Estado.

de la fuente, con el fin de equiparar materialmente las concesiones que mutuamente los Estados se efectúan cuando celebran un convenio de doble imposición.

Las estructuras *treaty shopping* pueden romper los presupuestos sobre los que los Estados han pactado un determinado régimen tributario. Los elementos económicos sobre los que descansa la negociación de un régimen u otro, parte de la base de los flujos de rendimientos existentes entre los Estados. El *treaty shopping* puede alterar artificialmente esos flujos²¹⁷. La consecuencia principal es que modifica sustancialmente los presupuestos sobre los que se configuró el convenio en particular.

El sacrificio recaudatorio por obligación real, pactado en el convenio, puede verse alterado sustancialmente por este tipo de estructuras. Siguiendo el ejemplo anterior, es posible que, como consecuencia de que el convenio celebrado entre los Estado R y F los cánones no tributan en la fuente, inversores residentes en terceros Estados que obtienen cánones en el Estado R, intenten obtener los cánones *desde el Estado F*, para disfrutar de la exención en la fuente. Si se generaliza este tipo de estructuras, el volumen de cánones obtenido por residentes en el Estado F producidos en el Estado R puede aumentar significativamente. Como consecuencia de la alteración de la situación que llevó a pactar la exención en la fuente ha cambiado, es probable que el Estado R pretenda modificar el convenio, porque el sacrificio recaudatorio se ha incrementado sensiblemente²¹⁸.

Los presupuestos sobre los que un Estado negoció un convenio, se ven significativamente alterados cuando se generalizan las estructuras *treaty shopping*. Con seguridad, en esas mismas circunstancias, el Estado hubiera negociado de forma distinta el convenio, porque los presupuestos económicos subyacentes han cambiado. Dado el carácter bilateral de los convenios, es razonable pensar que un Estado sólo esté dispuesto a mantener las condiciones pactadas en tanto en cuanto no varíen

²¹⁷ Cfr. ONU, *Contributions...*, cit., párrafo 28.

²¹⁸ Con los mismos datos que en el ejemplo de la nota núm. 215, si como consecuencia de la generalización de este tipo de estructuras en el Estado F el volumen de cánones que residentes de este Estado obtienen en el Estado R se incrementa hasta 2000 unidades de cuenta, la concesión del Estado R, en cuanto a recaudación, habría pasado de 30 unidades de cuenta a 600 unidades de cuenta.

sustancialmente las circunstancias que le llevaron a celebrar el convenio (*rebus sic stantibus*)²¹⁹.

Es claro, por lo tanto, que el flujo de inversiones es relevante para entender cuál es el régimen tributario acordado en el convenio. Las estructuras *treaty shopping* pueden quebrar ese presupuesto, porque modifican el Estado *desde* el que se obtiene el rendimiento. La consecuencia inmediata de este tipo de estructuras es una pérdida recaudatoria por obligación real superior a la inicialmente prevista en atención a la situación económica existente cuando se celebró el convenio²²⁰.

No obstante, los problemas que generan estas estructuras no deben examinarse exclusivamente desde la óptica del Estado de la fuente. *A la hora de celebrar un convenio para evitar la doble imposición, no puede perderse de vista que un mismo Estado está pactando no sólo como Estado de la fuente, sino también como Estado de residencia*²²¹.

Desde este punto de vista, cuando los intereses de un Estado en otro sean proporcionalmente mayores, éste tratará de fortalecer el principio de residencia en el convenio, reduciendo al máximo los límites de imposición en la fuente²²². La reducción de la tributación en la fuente tiene importantes consecuencias para el Estado de residencia. El coste recaudatorio de las medidas previstas en el Estado de residencia para eliminar la doble imposición internacional se reducirá sustancialmente, porque el convenio elimina y reduce la imposición en la fuente. De esta manera, como consecuencia del convenio, *la pérdida recaudatoria que sufre un Estado en la obligación real se compensa con la mayor recaudación en la obligación personal de contribuir*.

²¹⁹ Precisamente la cláusula *rebus sic stantibus* habilita a los Estados a terminar un Tratado de conformidad con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Cfr. VAMVOUKOS, A., *Termination of Treaties in International Law (The Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude)*, Clarendon Press, Oxford, 1985, pp. 3 a 214.

²²⁰ Cfr. KAPLAN, P., "Treaty Shopping...", *cit.*, p. 175.

²²¹ Cfr. VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, *cit.*, p. 16-4.

²²² Cfr. ROSENBLOOM, H.D., "Tax Treaty Abuse...", *cit.*, p. 766.

Las estructuras *treaty shopping* pueden incidir negativamente también en la obligación personal de contribuir. Con carácter general, los Estados adoptan unilateralmente medidas para eliminar la doble imposición jurídica internacional y, en su caso, también la doble imposición económica. Estas medidas tienen un coste importante para los Estados, coste que, como hemos visto, reducen los convenios de doble imposición.

A través de estas estructuras un sujeto puede acceder a un convenio que en principio no le es aplicable. El Estado donde se obtiene el rendimiento sufre una pérdida recaudatoria en la obligación real de contribuir. Sin embargo, los residentes de ese Estado no obtienen un tratamiento recíproco en el Estado de origen del sujeto que desarrolla la estructura, toda vez que no existe convenio o bien es menos favorable. Esta situación produce indirectamente una pérdida recaudatoria en ese Estado, habida cuenta que los residentes se practicarán las medidas previstas en la legislación interna para eliminar la doble imposición internacional que se produce²²³. La pérdida recaudatoria que sufre el Estado en la obligación real, no se compensa con una mayor recaudación por obligación personal.

Por lo tanto, debe significarse que las consecuencias de las estructuras *treaty shopping* no sólo se residencian en la obligación real de contribuir, sino también en la obligación personal de contribuir. Directamente tienen sus efectos en la obligación real e indirectamente en la obligación personal.

Esta situación materialmente supone una importante quiebra del principio de reciprocidad, dado que los Estados sufren una pérdida recaudatoria en su obligación real de contribuir que no se ve compensada con una mayor recaudación en la obligación personal de contribuir, como consecuencia de que la extensión con que

²²³ Cfr. LE GALL, J., "Treaty shopping: the French policy", *Intertax*, núm. 8/9, 1989, pp. 364 y 365. Siguiendo con el ejemplo utilizado en notas anteriores (núms. 215 y 218), los residentes del Estado T que acceden al convenio celebrado entre R y F sufrirán un gravamen inferior en R como consecuencia del convenio entre esos dos Estados. Sin embargo, los residentes en el Estado R no verán reducido el gravamen sufrido en el Estado T cuando perciban rendimientos producidos en ese Estado. Los gravámenes superiores en fuente previstos en T con respecto al convenio entre R y F, provocarán una menor recaudación en el Estado R como consecuencia de los métodos para eliminar la doble imposición.

deben aplicar las medidas para evitar la doble imposición internacional no se ven limitadas por una menor imposición en el Estado de la fuente²²⁴. De haber existido un convenio con el Estado de residencia originario, el coste fiscal que habría soportado el Estado de residencia sería menor, porque la deducción (método de imputación) que debe reconocer se reduce en la medida que se reduce la imposición en la fuente²²⁵.

No obstante, las consecuencias de la generalización de este tipo de estructuras no se limitan a las ya expuestas.

*La posición negociadora de un Estado puede verse debilitada*²²⁶. Como se expuso en el primer capítulo del trabajo (apartado II), una de las razones que justifica que los Estados mantengan una obligación real de contribuir fuerte radica en que *constituye un instrumento para mejorar la posición negociadora*. Si un Estado quiere reducir la imposición que sus residentes soportan en otro Estado, podrá lograr en mejor medida su pretensión cuando negocia el convenio si su legislación grava en términos semejantes al otro Estado los rendimientos obtenidos por no residentes. De no ser así, el otro Estado no tendría ningún incentivo para pactar un gravamen reducido, porque sus residentes obtienen ese tratamiento en el otro Estado directamente en virtud de su legislación interna.

El *treaty shopping* permite que residentes en terceros Estados puedan obtener indirectamente los beneficios previstos en un convenio que no les es aplicable. Esto puede implicar, como señala la OCDE, que el Estado de residencia de “esos terceros” tenga un mínimo incentivo o interés para iniciar la negociación de un convenio dado

²²⁴ Cfr. OCDE, “Double Taxation Conventions and the Use of Conduits Companies”, *cit.*, párrafo séptimo, ALI, *International...*, *cit.*, p. 152, KAPLAN, P., “Treaty Shopping...”, *cit.*, p. 175 y PHILLIPS, *International Tax Treaty Networks*, ESC International, vol. I, 1995, p. 19.

²²⁵ Hay que significar que si un Estado adopta con carácter general en su legislación interna el método de exención, no se produce pérdida recaudatoria alguna, exista o no convenio, porque el Estado renuncia unilateralmente al gravamen. No obstante, los residentes de ese Estado no dejan de sufrir un gravamen superior en la fuente, particular que no sucede con los residentes de este último Estado que desarrollan estructuras *treaty shopping*, porque limitan la imposición accediendo a través de las mismas a los convenios que ese Estado ha celebrado.

²²⁶ Cfr. AMICO, J., “United States: Tax Treaty Project Raises Treaty Shopping Question”, *ET*, núm. 7, 1989, p. 226.

que sus residentes tienen la posibilidad de utilizar los convenios celebrados por otros Estados²²⁷.

Esta situación puede debilitar sensiblemente la posición negociadora, porque el Estado de residencia de los sujetos que utilizan estas estructuras pueden obtener la reducción en la fuente indirectamente. Al Estado que sufre estas estructuras, puede resultarle más difícil negociar un convenio que otorgue preferencia al principio de residencia mediante la reducción de los supuestos en los que puede exigirse un gravamen por obligación real, toda vez que materialmente no está dando nada que los residentes de ese Estado no puedan ya obtener²²⁸.

Otra consecuencia de este tipo de estructuras, derivada también de la anterior, es que fomentan la evasión fiscal internacional. Los convenios de doble imposición no sólo tienen por finalidad eliminar la doble imposición internacional, sino también evitar la evasión fiscal internacional. La inclusión de cláusulas de intercambio de información en los convenios responde a este fin²²⁹.

Resulta patente que la aplicación de impuestos que gravan la renta mundial obtenida requiere ineludiblemente de un sistema de obtención de información que trascienda las fronteras del Estado²³⁰. La falta de incentivos para celebrar convenios de doble imposición también puede afectar a este particular, porque al no celebrarse el

²²⁷ "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", *cit.*, párrafo séptimo. Cfr. KINGSON, C., "The Coherence...", *cit.*, p. 1277 y VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, *cit.*, pp. 122 y 123. En este sentido es significativo lo sucedido entre EEUU y Canadá. Antes de la modificación en 1992 del convenio entre los Países Bajos y EEUU, el gobierno canadiense se negaba a negociar un nuevo convenio con EEUU para reducir la imposición en la fuente. Las inversiones de las multinacionales canadienses en EEUU se canalizaban a través de los Países Bajos, dado que el convenio celebrado entre este último Estado y EEUU reservaba al Estado de residencia el gravamen exclusivo sobre intereses y cánones. Al ser los Países Bajos una jurisdicción idónea para el desarrollo de este tipo de estructuras, los residentes canadienses no tributaban por los rendimientos obtenidos en EEUU, pero los residentes en EEUU soportaban un fuerte gravamen en Canadá. Sólo tras la modificación del convenio entre EEUU y los Países Bajos, *que introdujo precisamente un número amplio de cláusulas de limitación de beneficios*, el Estado canadiense negoció con EEUU un nuevo convenio para reducir el gravamen en la fuente. Cfr. BOIDMAN, N., "Canadian approach to treaty shopping", *Intertax*, núm. 8/9, 1989, pp. 370 y 371 y MORRISON, P.; BENNETT, M., "The New U.S.-Netherlands Treaty: Part I-Limitation on Benefits and Related Issues", *TNI*, núm. 2, 1993, p. 322.

²²⁸ Cfr. VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, *cit.*, p. 16-4.

²²⁹ Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, *cit.*, p. 35.

²³⁰ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*, CEF, Madrid, 2000, p. 30.

convenio tampoco se adopta el instrumento necesario para facilitar el intercambio de información tributaria²³¹.

En consonancia con lo anterior, hay que destacar también que el *treaty shopping* contribuye a la realización de operaciones artificiosas, sin ninguna sustancia económica²³².

Como vimos en el capítulo anterior, la modificación del Estado desde el que se obtiene el rendimiento se articula normalmente a través de la constitución de una sociedad en el Estado que ha celebrado con el Estado de la fuente el convenio que pretende utilizarse. En muchas ocasiones, la sociedad intermedia no realiza actividad económica alguna en el Estado de residencia. Aunque a efectos tributarios tenga la consideración de residente, su presencia es meramente formal, dado que carece de elementos materiales que le unan con la economía de ese Estado²³³.

Como consecuencia de estas estructuras, se produce una modificación artificiosa de los flujos de rentas existentes entre los Estados²³⁴. No subyace a los flujos de rentas existentes entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia de la sociedad intermedia sustancia económica alguna, dado que la verdadera fuente de valor que produce el flujo de la renta se encuentra en un tercer Estado.

Por último, hay que significar que estas estructuras contribuyen a la eliminación completa de la tributación de las rentas internacionales. Los convenios de doble imposición tienen por finalidad eliminar la doble imposición pero, al mismo

²³¹ Hay que significar que las cláusulas de intercambio de información que se incluyen en los convenios son de dos tipos: cláusulas mayores y menores. Las cláusulas mayores permiten los intercambios de información para la aplicación de las leyes tributarias del Estado contratante. Las cláusulas menores sólo permiten intercambios de información a los efectos de aplicación del convenio. Como se puede comprobar el ámbito de aplicación de las cláusulas mayores es más amplio, por lo que contribuye en mejor medida a evitar la evasión fiscal internacional y a garantizar la correcta aplicación de la obligación personal de contribuir. Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., en *Comentarios a la LIRNR*, cit., p. 425 y CALDERÓN CARRERO, J.M., *Intercambio de información...*, cit., pp. 85 a 92.

²³² Cfr. ONU, *Contributions...*, cit., párrafo 28.

²³³ Cfr. VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, cit., p. 16-4.

²³⁴ Señala UCKMAR, V., "Elusión...", cit., pp. 183 y 184 que estas estructuras "pueden deformar la atribución internacional de los recursos".

tiempo, deben evitar que se produzca el fenómeno opuesto: la ausencia de tributación²³⁵. En este sentido, cuando se combinan sociedades intermedias con sociedades base, los rendimientos pueden eludir tanto la obligación real como la obligación personal de contribuir en cualquier Estado. Desde el punto de vista de los principios de Derecho fiscal internacional, este resultado es *a priori* inadmisibles, no sólo por el perjuicio recaudatorio que produce a las Haciendas Públicas, sino también porque puede ser contrario a los principios de justicia financiera.

Respecto a los problemas que plantea la doble imposición internacional, se ha señalado que el *principio de capacidad económica* no "significa que el legislador nacional no pueda gravar las rentas [...] de fuente extranjera"²³⁶. La limitación que parece deducirse de la aplicación de este principio radica en que el Estado de residencia debe tener en cuenta la imposición soportada en el Estado de la fuente, con el fin de someter al contribuyente conforme a su verdadera capacidad económica²³⁷.

Con relación al *principio de igualdad*, la doble imposición internacional podría constituir una quiebra del mismo. Un contribuyente, por el mero hecho de obtener rendimientos en Estados distintos al de su residencia, puede llegar a soportar una carga fiscal más gravosa que otro contribuyente con la misma capacidad económica que obtiene todas sus rentas de fuentes internas²³⁸.

Pues bien, los convenios de doble imposición contribuyen a la realización efectiva de los principios de capacidad económica e igualdad eliminando la doble imposición internacional. De igual manera, parece razonable pensar que los convenios de doble imposición no deben contribuir a generar la situación opuesta: *que por el mero hecho de que las rentas tengan carácter internacional eludan cualquier tipo de*

²³⁵ Cfr. ROSENBLOOM, D., "Tax Treaty Abuse...", *cit.*, p. 766.

²³⁶ CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, *cit.*, p. 67.

²³⁷ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, *cit.*, p. 67. Las exigencias derivadas de este principio explican que los Estados establezcan unilateralmente medidas para eliminar las consecuencias de la doble imposición. De no tener en cuenta el Estado de residencia la imposición en la fuente, en algunos supuestos, el impuesto exigido por el Estado de residencia "podría tener carácter confiscatorio vulnerando la prohibición constitucional" (CALDERÓN, p. 68. Véase también la doctrina que sostiene lo anterior en la nota 171).

²³⁸ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, *cit.*, pp. 68 y 69.

tributación. Tan injusto es que “la internacionalidad de la renta” provoque su doble gravamen como la ausencia del mismo. Por este motivo, principalmente desde el punto de vista del principio de igualdad, deben adoptarse medidas contra el *treaty shopping* para impedir que sólo los contribuyentes que obtienen rentas de fuente interna contribuyan al sostenimiento de las cargas públicas.

Los motivos anteriormente expuestos son los que se han manejado por las Organizaciones internacionales, los Estados y la doctrina para fundamentar la necesidad de adoptar medidas que limiten la utilización de este tipo de estructuras. Como se puede comprobar, los motivos expuestos (quiebra del principio de reciprocidad, pérdidas recaudatorias, desincentivo para la celebración de convenios de doble imposición, fomento de la evasión fiscal internacional, quiebra de los principios de justificación financiera) se encuentran íntimamente ligados entre sí y unos son consecuencia de los otros.

Entre ellos el que parece que más peso ha tenido es la quiebra del principio de reciprocidad. El Estado renuncia o atenúa un gravamen por obligación real que no encuentra la correspondiente contrapartida en los Estados de origen de los sujetos que desarrollan estas estructuras. El *treaty shopping* puede modificar de manera artificial los presupuestos sobre los que se celebró el convenio, quebrando el equilibrio alcanzado como resultado de su negociación.

No obstante, no hay que soslayar que el problema del *treaty shopping* no se produce en todos los convenios. Podría decirse que hay convenios que sufren en mayor medida este tipo de operaciones. Como se afirma unánimemente por la doctrina, el convenio que mayormente ha sufrido estas estructuras es el convenio entre EEUU y los Países Bajos de 1965²³⁹. Su modificación en 1992, ha sido justamente la

²³⁹ Las inversiones en EEUU de gran número de Estados se han realizado a través de los Países Bajos como consecuencia del escaso margen de tributación permitido en el Estado de la fuente y de la legislación holandesa favorable para la realización de este tipo de estructuras en los términos expuestos en el primer capítulo. Asimismo, tampoco puede soslayarse que las inversiones de estadounidenses en terceros Estados también se han canalizado a través de los Países Bajos, por los mismos motivos anteriormente expuestos.

que ha provocado la existencia del convenio con las cláusulas de limitación de beneficios más complejas y exhaustivas.

En este sentido, no hay que perder de vista que el *treaty shopping* es resultado no sólo de un convenio con un régimen favorable en materia de obligación real, *sino también de la legislación interna del Estado intermedio*. Por este motivo, quizás los reproches que estas estructuras podrían sufrir, no deberían dirigirse tanto hacia los residentes de terceros Estados que acceden indirectamente a los convenios, sino a los Estados que establecen regímenes favorables para la realización de estas estructuras²⁴⁰.

Como hemos visto en el primer capítulo, los tres elementos necesarios para que la legislación interna de un Estado sirva para este fin son la existencia de exenciones sobre rendimientos obtenidos en el extranjero, regímenes flexibles a la deducibilidad de gastos facturados por no residentes y ausencia de tributación por obligación real de contribuir, bien en virtud de la legislación interna o a través de convenios. Por esta razón, una de las medidas propuestas por la OCDE para evitar este fenómeno (*método de abstinencia*) pasa por no celebrar convenios de doble imposición con aquellos Estados cuya legislación interna es idónea a tal efecto²⁴¹.

Sin embargo, este enfoque no debe adoptarse con carácter general, porque las consecuencias de la ausencia de convenio pueden perjudicar seriamente las relaciones comerciales existentes entre dos Estados²⁴². Como es sabido, los convenios de doble imposición constituyen un instrumento significativo para favorecer los movimientos internacionales de personas, capitales, bienes y servicios, habida cuenta que eliminan un importante obstáculo como es la doble imposición internacional. Por este motivo, *el método de abstinencia sólo debe utilizarse con respecto a los Estados cuyo único activo es el propio convenio de doble imposición*, es decir, aquellos con los que no

²⁴⁰ En este sentido, ROSENBLOOM, H.D., "Review: OECD Report...", *cit.*, p. 180.

²⁴¹ Cfr. Apartados 17 y 18 del informe de la OCDE, "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", *cit.* y DE PABLOS ESCOBAR, L.; VALIÑO CASTRO, A., "Evasión y elusión fiscal internacional a través del uso de sociedades conductoras", *AF*, núm. 22/23, 1989, pp. 1593.

²⁴² Cfr. ROSENBLOOM, H.D., "Tax Treaty Abuse...", *cit.*, p. 765.

existen relaciones comerciales significativas, sino que sirven exclusivamente para canalizar rentas entre Estados²⁴³.

Las medidas contra el fenómeno del *treaty shopping* se han articulado en dos órdenes. En primer lugar, las que se sitúan en la fase de aplicación de la norma. En este caso se trata de aplicar las normas generales sobre el fraude a la ley tributaria para denegar el régimen del convenio²⁴⁴. La aplicación de estas normas plantea un gran número de problemas, no sólo por su propia configuración, sino también por las dudas que existen sobre si pueden actuar en el ámbito de las normas convenidas. Estas cuestiones se analizarán en el apartado siguiente.

En el segundo orden de medidas contra el *treaty shopping*, se encuentran las disposiciones normativas que se ubican en la fase de elaboración de las normas. Se trata de aquellas disposiciones específicas contra el *treaty shopping*. Estas normas pueden adoptarse unilateralmente por uno de los Estados parte del convenio, o bien pueden estar previstas directamente en el convenio. Nuestro estudio se centra sobre éstas últimas y, en particular, sobre un tipo de normas, las cláusulas de limitación de beneficios (*limitation clauses on benefits*). No obstante, también haremos referencia a los problemas que plantean las normas unilaterales en esta materia (aparatado III.C de este capítulo).

Conviene reseñar que las disposiciones que se sitúan en la fase de elaboración de las normas –bien se encuentren en un convenio o en la legislación interna de un Estado parte–, se caracterizan por limitar o reducir el ámbito subjetivo de los convenios de doble imposición. El enfoque adoptado se centra, por lo tanto, sobre el régimen de acceso a los beneficios del convenio y no sobre el sistema tributario del Estado que, en cada caso, actúa como Estado intermedio. Como hemos señalado más

²⁴³ Cfr. KINGSON, C., "The Coherence...", *cit.*, p. 1159. Esa es justamente la posición que adoptó EEUU a partir de 1981 respecto a los convenios existentes con antiguas colonias de Estados europeos (Islas Virgen, Antillas holandesas, etc.) desistiendo de los mismos, ya que se habían convertido en un caldo de cultivo para estructuras *treaty shopping*. Cfr. PICCIOTTO, S., *International...*, *cit.*, pp. 164 a 170 y GRADY, K., "Income tax treaty shopping: an overview of prevention techniques", *Northwestern Journal of International Law & Business*, núm. 5, 1983, p. 636.

²⁴⁴ Cfr. PÉREZ ARRÁIZ, J., *El fraude de ley en el Derecho tributario*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 50.

atrás, la viabilidad de las estructuras *treaty shopping* dependía también del régimen en el Estado intermedio. Sin embargo, salvo el método de abstinencia, no se encontraba ningún reproche a la legislación del Estado intermedio en el informe de la OCDE sobre la materia²⁴⁵.

A este respecto, es necesario hacer referencia a las medidas adoptadas desde la OCDE y la Unión Europea para eliminar la “competencia fiscal dañina” (*harmfull tax competition*).

La OCDE ha desarrollado a partir de su informe en materia de “competencia fiscal dañina”²⁴⁶ un programa para eliminar los “paraísos fiscales” y aquellos regímenes tributarios estatales susceptibles de generar competencia fiscal dañina o perniciosa (*harmful preferential tax regimes*). Estas medidas tienen por finalidad que la fiscalidad no distorsione las decisiones de inversión²⁴⁷. El informe en esta materia establece una serie de criterios para establecer cuándo un determinado régimen tributario genera competencia fiscal desleal. Con carácter general, para que el régimen reciba tal calificación es necesario que produzca la deslocalización hacia su territorio de actividades u operaciones en virtud de un régimen de imposición nula (o muy reducida) o bien por su opacidad, lo que permitirá supuestos de evasión fiscal. Las medidas que permiten la imposición reducida pueden presentarse de muy distintas formas (exenciones, definiciones artificiales de la base imponible, no aplicación de las reglas de la OCDE en materia de precios de transferencia, etc.).

Por su parte, la Unión Europea adoptó el 1 de diciembre de 1997 el Código de Conducta Comunitario, sobre fiscalidad de las empresas, para combatir la “competencia fiscal perniciosa”²⁴⁸. El Código recoge una serie de criterios para calificar cuándo una concreta medida debe merecer tal calificación. Estos criterios son

²⁴⁵ “Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies”, *cit.*

²⁴⁶ *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD, París, 1998 (en <http://www.oecd.org>).

²⁴⁷ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., “Aspectos internacionales...”, *cit.*, p. 204.

²⁴⁸ Establece la letra A del Código de Conducta que el mismo “se refiere a las medidas que influyen o pueden influir de manera significativa en la radicación de la actividad empresarial dentro de la Comunidad”.

similares a los adoptados por la OCDE²⁴⁹. En ambos casos, OCDE y Unión Europea, pretenden una eliminación progresiva de las medidas tributarias nacionales susceptibles de generar competencia fiscal dañina²⁵⁰.

No nos vamos a extender más en esta materia. Lo que conviene destacar es que las normas internas que permiten que las estructuras *treaty shopping* eliminen o

²⁴⁹ Cfr. OSTERWEIL, E., "OECD Report on Harmful Tax Competition and European Union Code of Conduct Compared", *ET*, núm. 6, 1999, p. 199. Según la letra B del Código de Conducta deben considerarse potencialmente perniciosas las medidas fiscales que impliquen un nivel impositivo efectivo considerablemente inferior, incluso tipo cero, al aplicado habitualmente en el Estado miembro del que se trate. Para evaluar el carácter pernicioso de las medidas se tendrá en cuenta, entre otros aspectos, a) si las ventajas se otorgan sólo a no residentes, o sólo con respecto a las operaciones realizadas con no residentes, b) si las ventajas están totalmente aisladas de la economía nacional, de manera que no afectan a la base imponible nacional, c) si las ventajas se otorgan aun cuando no exista ninguna actividad económica real ni presencia económica sustancial dentro del Estado miembro que ofrezca dichas ventajas fiscales, d) si las normas para determinar los beneficios derivados de las actividades internas de los grupos de empresas multinacionales no se ajustan a los principios internacionalmente reconocidos, concretamente las normas acordadas por la OCDE o e) si las medidas fiscales carecen de transparencia y, en particular, si las disposiciones legales se aplican a nivel administrativo con menos rigor y sin transparencia. Estos criterios, con una formulación similar se encuentran en el informe de la OCDE. El Código de Conducta, a diferencia que el informe de la OCDE, no se refiere a "la falta de intercambio de información en relación con los contribuyentes que se benefician de un régimen preferencial". Para la OCDE este es un criterio de peso para identificar el carácter dañino de una medida tributaria. Es probable que no se haya previsto este criterio en el Código comunitario porque estos problemas pueden resolverse a través de la directiva 77/799/CEE, de 19 de diciembre, relativa a la asistencia mutua entre Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos e indirectos. No obstante, hay que tener en cuenta que el art. 8 de la directiva limita en algunos casos los supuestos en que puede producirse el intercambio de información. Cfr. MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A., "Ejercicios sobre competencia fiscal perjudicial en el seno de la Unión Europea y de la OCDE: semejanzas y diferencias", *CT*, núm. 97, 2001, p. 54.

²⁵⁰ Hay que destacar, como señala también el apartado J del Código de Conducta, que algunas de las medidas que pueden caer bajo el ámbito de aplicación del mismo, también pueden entrar en el ámbito de aplicación del régimen de ayudas de Estado regulado en los arts. 87 y 88 del TCE. En este sentido, hay que destacar que mientras el Código no es un instrumento normativo, esto es, jurídicamente no existe la obligación de eliminar las medidas que se encuentran bajo su ámbito de aplicación, el régimen comunitario de las ayudas de Estado *impide* a los Estados la adopción de medidas que merezcan tal calificación, a no ser que se aprueben por la Comisión. Cuando una medida nacional se califica como ayuda de Estado, el Estado afectado no sólo tiene la obligación de eliminarla, sino también de llevar a cabo las actuaciones necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda. En este sentido, hay que destacar, como ha señalado la doctrina, que la Comisión están interpretando el concepto de ayuda en términos muy amplios, lo que, en la práctica, supone que su ámbito de aplicación coincida con el Código de Conducta. A este respecto, hay que tener en cuenta que ambos instrumentos deben guardar la debida coordinación. Así, por ejemplo, si el régimen portugués de Madeira ha sido autorizado como ayuda de Estado por parte de la Comisión, no tiene sentido que éste se haya calificado como una medida fiscal perniciosa bajo el régimen del Código. Y no tiene sentido, porque la letra G del propio Código, en cierto modo, protege del mismo a las medidas fiscales destinadas a impulsar el desarrollo económico de determinadas regiones en razón de su carácter ultraperiférico, poca superficie, etc. Esas razones son precisamente las que han justificado su autorización por la Comisión, a pesar de ser una ayuda de Estado. Cfr. SANTOS, A.C., "Point J of the Code of Conduct or the Primacy of Politics over Administration", *ET*, núm. 9, 2000, pp. 419 a 421 y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., "El concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación del art. 87.1 TCE", *NUE*, núm. 196, 2001, pp. 82 a 84 y 101.

reduzcan la tributación en el Estado intermedio, además de transferir el rendimiento hacia un tercer Estado sin que sufra tributación por obligación real, pueden recibir la calificación de medida fiscal perniciosa (*harmful preferential tax regimes*). En efecto, el hecho de que un determinado Estado se utilice frecuentemente para este tipo de estructuras, no depende solamente de su red de convenios para evitar la doble imposición, sino también de su legislación interna. Por este motivo, es comprensible que un Estado que pretenda fomentar la realización desde su territorio de este tipo de operaciones, se dote de una amplia red de convenios y *contemple en su legislación alternativas que permitan reducir el gravamen del rendimiento redirigido hacia su Estado*.

El análisis del *treaty shopping* desde este punto de vista –el régimen tributario del Estado de residencia– difiere del utilizado por las normas adoptadas unilateralmente por los Estados y las introducidas en los convenios de doble imposición. Como veremos, especialmente cuando se trata de las cláusulas de limitación de beneficios, estas normas no adoptan como criterio para conceder los beneficios del convenio el nivel de tributación sufrido en el Estado de residencia, sino el hecho de que exista un grado de vinculación suficiente con dicho Estado o motivos económicos válidos para obtener desde ese Estado el rendimiento generado en el Estado de la fuente.

Sin embargo, no hay que desdeñar las medidas impulsadas desde la OCDE y la Unión Europea en materia de competencia fiscal dañina, porque con respecto a las estructuras *treaty shopping* pueden eliminar uno de los elementos que las permiten²⁵¹. Aún así, no hay que perder de vista que se trata de medidas que no se materializan en

²⁵¹ Tanto la OCDE como la Unión Europea han dictado sendos informes identificando aquellas medidas que pueden recibir la calificación de *harmful preferential tax regimes*. Entre ellas podemos destacar algunas que permiten el *treaty shopping*. Así, por ejemplo, los criterios utilizados por la Administración holandesa para conceder consultas en materia de cánones e intereses, porque no se ajustan a los criterios de la OCDE en materia de precios de transferencia. También cabe destacar el régimen de determinación de la base imponible –que es lo que produce finalmente una tributación reducida en el Estado intermedio– de los centros de coordinación belgas. Cfr. OCDE, *Towards Global Tax Co-operation*, OECD, París, 2000, pp. 12 a 14 (en <http://www.oecd.org>) y el Informe Primarolo del órgano encargado de aplicar el Código de Conducta comunitario. Como señala HAMAEEKERS, H., “Tackling Harmful Tax Competition –a Round Table on the Code of Conduct”, *ET*, núm. 9, 2000, p. 399, los regímenes de Estados europeos contenidos en el informe de la OCDE son los previstos también en el informe Primarolo.

el momento en que dos Estados celebran un convenio, sino de medidas externas cuya aceptación por parte de los Estados afectados, depende en gran parte de su disponibilidad para adecuarse a ellas²⁵². Tampoco hay que desdeñar la propia supervivencia de estas medidas, habida cuenta de las críticas recibidas²⁵³, especialmente porque pueden ser entendidas como un ataque injustificado contra la soberanía de los Estados en materia tributaria²⁵⁴.

II.- Las medidas contra el *treaty shopping*

II.A.- Las medidas en la fase de aplicación de la norma: El *treaty shopping* como un supuesto de elusión fiscal internacional. La aplicación de la norma en materia de fraude a la ley tributaria

²⁵² Con respecto al Código de Conducta, CALDERÓN, "Aspectos...", *cit.*, p. 205, señala que su eficacia jurídica resulta más que dudosa al no poseer, en sí mismo, mayor alcance que una declaración de buenas intenciones (*soft law*). En términos semejantes se pronuncia BOKOBO, S., "Código de conducta fiscal en el ámbito de las empresas: la armonización de la imposición directa en la Unión Europea", *CT*, núm. 93, 2000, p. 43. Lo mismo sucede con respecto a la actuación de la OCDE. *Cfr.* OSTERWEIL, E., "OECD Report...", *cit.*, p. 202. Respecto a los paraísos fiscales, sí parece que las presiones de la OCDE están teniendo efecto, ya que muchos de los Estados que fueron calificados como tales a tenor de los criterios del informe de 1998, han adecuado su ordenamiento tributario a las indicaciones de dicha organización internacional (*cfr.* <http://www.oecd.org>). No obstante, respecto al Código de Conducta, como hemos visto, su aplicación material se está produciendo, en parte, a través de una interpretación muy amplia del concepto de ayuda de Estado previsto en el art. 87 del TCE.

²⁵³ *Cfr.* ELLIS, M., "Are Measures to Curb Harmful Tax Competition Necessary?", *ET*, núm. 3, 1999, pp. 78 a 80 y los distintos trabajos contenidos en el número 9 de 2000 de la revista *European Taxation*. En este sentido resulta revelador el trabajo de ZAGARIS, B., "Application of OECD Tax Haven Criteria to Member States Shows Potential Danger to U.S. Sovereignty", *TNI*, núm. 19, 2001, pp. 2298 a 2306, en el que un gran número de regímenes previstos en la legislación estadounidense podría subsumirse en los criterios utilizados por la OCDE para designar qué regímenes tienen carácter dañino. Podría entenderse una reacción de EEUU contraria a estas medidas de la OCDE desde el momento en que se ve afectado por ellas.

²⁵⁴ Y en este contexto se ubican las críticas al concepto amplio de ayuda de Estado utilizado por la Comisión europea, ya que, a través de esta vía, como ha señalado MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., "El concepto...", *cit.*, p. 86, esta institución comunitaria "puede alcanzar un resultado, una armonización / coordinación de las legislaciones nacionales, que no ha logrado hasta el momento por la vía de las normas armonizadoras de Derecho comunitario derivado (armonización positiva)". Nótese que cuando una norma tributaria no cae dentro del ámbito de aplicación del art. 87 TCE "constituye una medida reservada a la soberanía de los Estados miembros (aunque debe respetar otras disposiciones del TCE, como por ejemplo, las cuatro libertades fundamentales) y sólo podrá ser eliminada, además de por la decisión discrecional del Estado miembro de que se trate, por la vía de la armonización positiva o la coordinación de legislaciones, a través del procedimiento legislativo comunitario o mediante acuerdos internacionales. En este sentido, una visión expansiva o restrictiva del ámbito de aplicación del art. 87 TCE puede tener consecuencias fundamentales en el equilibrio de poderes entre las instituciones comunitarias y entre éstas y los Estados miembros".

Las estructuras *treaty shopping* han merecido calificaciones por parte de la comunidad internacional que denotan su posible ilicitud. Se ha calificado como “abuso de convenio”, “utilización impropia”, “fraude de convenio”, etc²⁵⁵.

Sin prejuzgar por el momento su ilicitud, debe descartarse la calificación de estas conductas como supuestos de evasión fiscal o fraude tributario (*tax evasion*). El concepto de evasión fiscal o defraudación tributaria presupone la realización del hecho imponible del tributo; la conducta del contribuyente consiste justamente en ocultar a la Administración la existencia o la exacta cuantía de la obligación tributaria mediante maniobras fraudulentas²⁵⁶. En principio no existe ocultación en estas conductas. El no residente no oculta a la Administración tributaria del Estado de la fuente la obtención del rendimiento, sino que simplemente modifica el Estado *desde* el que lo obtiene, con el fin de reducir la carga tributaria que soporta en esa jurisdicción²⁵⁷. La reducción se produce por la aplicación del convenio celebrado entre el Estado de la fuente y el “nuevo Estado” desde el que se obtiene el rendimiento.

Este tipo de conductas podrían situarse dentro del marco de la elusión fiscal (*tax avoidance*)²⁵⁸. No obstante, es necesario delimitar perfectamente cuál es el alcance de este concepto, para evitar que prejuzgue en todos los casos la ilicitud de estas conductas.

²⁵⁵ Cfr. ROSEMBUIJ, T., *Fiscalidad Internacional*, IFI-Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 111, VAN WEEGHEL, S., “Abuse of Tax Treaties”, *ET*, núm. 1, 1996, p. 10 y VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 119. La Administración tributaria española lo califica como “utilización abusiva de los convenios para evitar la doble imposición”. Cfr. Ministerio de Economía y Hacienda, *Informe para la reforma del impuesto sobre sociedades*, Secretaría de Estado de Hacienda, Madrid, 1994, p. 203.

²⁵⁶ Cfr. PALAO TABOADA, C., “La elusión fiscal mediante sociedades”, *REDF*, núm. 15/16, 1977, p. 776. Como señala UCKMAR, V., “Elusión...”, cit., p. 153, “la evasión del pago sin evitación de la obligación fiscal corresponde ciertamente a la definición de evasión en todos los ordenamientos jurídicos”.

²⁵⁷ Como señala ZORNOZA PÉREZ, J., “La simulación en Derecho tributario”, *BICAM*, núm. 16, 2000, p. 171, la ocultación es inherente a la simulación. No obstante, la actuación a través de persona interpuesta no puede calificarse siempre y en todo caso como simulación subjetiva, máxime si nos encontramos ante la interposición de sociedades. Como hemos visto, en el *treaty shopping* justamente lo que suele producirse es la interposición de una sociedad en el Estado *desde* el que se obtiene el rendimiento.

²⁵⁸ En este sentido, UCKMAR, V., “Elusión...”, cit., p. 183. XAVIER, A., *Direito tributario internacional do Brasil*, RJ, Forense, 1999, pp. 290 a 293 (citado por TÓRRES, H., *Direito...*, cit., pp. 53 y 321) lo califica como un supuesto de *elusión fiscal subjetiva*. El calificativo subjetivo se refiere al hecho de que mediante estas estructuras el rendimiento se introduce en el ámbito subjetivo del convenio elegido.

En este sentido, suele distinguirse por la doctrina, aunque la opinión no es unánime, entre una elusión lícita y otra que es ilícita. La segunda se identifica con los presupuestos de hecho de aplicación de los instrumentos normativos generales utilizados por los Estados para corregir las conductas de los contribuyentes cuyo único objetivo es reducir la carga tributaria soportada mediante maniobras fraudulentas²⁵⁹. En el ordenamiento español la medida establecida al respecto es la norma sobre el fraude a la ley tributaria recogida en el art. 24 de la LGT²⁶⁰. De ahí que no se deba identificar los conceptos de fraude a la ley tributaria con el concepto de elusión fiscal, sin perjuicio de que en todos los supuestos de fraude a la ley exista elusión. Como señala el profesor PALAO, podría decirse que la elusión es un concepto más amplio que el fraude a la ley, que se define exclusivamente por el hecho de que se evita o se reduce la magnitud con que se realiza el hecho imponible²⁶¹.

Sin pretender agotar aquí el arduo estudio del fraude a la ley tributaria, el mismo se refiere al siguiente fenómeno. La consecución del resultado económico previsto por el hecho imponible del tributo por los medios jurídicos normales produce

²⁵⁹ Como señala el profesor PALAO, "El atolladero del fraude a la ley tributaria", *RCT*, núm. 209/210, 2000, p. 145, "el problema del fraude a la ley es ante todo una cuestión de los valores jurídicos aceptados por la sociedad, lo que a veces se llama la conciencia jurídica de ésta". De ahí que, la introducción de una norma general en materia de fraude a la ley en un ordenamiento jurídico siempre genera un importante debate que no sólo se desenvuelve en el ámbito de lo jurídico (*cfr.* la cita de ARNOLD recogida en IFS, *Tax Avoidance: A report by the tax law review committee*, IFS, Londres, 1997, p. ii). Este tipo de instrumentos constituye un límite a la afirmación que realizan los que se oponen a su introducción: "el contribuyente tiene derecho a configurar y planificar sus operaciones y negocios en la forma que tenga por más conveniente y de tratar de reducir de este modo en todo lo posible su carga fiscal" (*cfr.* PALAO TABOADA, C., "Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria", *CT*, núm. 98, 2001, p. 138). Esta afirmación es cierta pero a condición de que ese ahorro no se consiga mediante la utilización de las normas para una finalidad distinta de aquella para la que las dictó el legislador. *Cfr.* PALAO TABOADA, C., "Economía y Derecho en la aplicación de las leyes tributarias", *CT*, núm. 73, 1995, p. 73.

²⁶⁰ Al igual que el ordenamiento español, la generalidad de los ordenamientos prevén instrumentos para impedir que las normas jurídicas por las manipulaciones de los sujetos que intervienen en el tráfico jurídico (*business purpose test* en el Derecho americano, *fraus legis* del Derecho holandés, "abuso de las formas jurídicas" en el Derecho alemán, etc.). Las formulas utilizadas bien se han establecido directamente en la ley o han sido desarrolladas por la jurisprudencia. En cualquier caso, como afirma el profesor PALAO, "Algunos problemas...", *cit.*, p. 131, las fórmulas utilizadas apuntan a una misma realidad y son, por tanto, intercambiables entre sí. Sobre la distinta formulación que reciben estas medidas en los distintos Estados véanse los siguientes trabajos: WARD, D., *et al.*, "The Business Purpose Test and Abuse of Rights", *BTR*, núm. 2, 1985, pp. 68 a 123, IFS, *Tax Avoidance...*, *cit.*, pp. 17 a 29, VANISTENDAEL, F., "Judicial interpretation and the role of anti-abuse provisions in tax law", en COOPER, G. (ed.), *Tax Avoidance and the Rule of Law*, IBFD, Amsterdam, 1997, pp. 131 a 155 y FERREIRO LAPATZA, J.J., "Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal", *RTT*, núm. 52, 2001, p. 39.

²⁶¹ PALAO TABOADA, C., "La elusión...", *cit.*, p. 776.

el nacimiento de la deuda tributaria. Pero ocurre que, en ocasiones, ese mismo resultado "puede ser alcanzado indirectamente por otros medios jurídicos, *que natural y primariamente tienden al logro de fines diversos*, y que o no están gravados o lo están en medida más reducida que aquellos medios usuales"²⁶². Esta figura presupone una dualidad de normas jurídicas: una *la norma defraudada*, que hace nacer del supuesto la obligación tributaria, y otra, *la norma de cobertura*, que puede ser o no una norma que grave en menor medida el hecho en cuestión o una norma que lo declare exento o no sujeto²⁶³.

El fraude a la ley tributaria no presupone ni se realiza necesariamente mediante fraude de ley no tributaria, aunque tampoco lo excluye. "La forma jurídica adoptada como artificio defraudador puede ser perfectamente lícita y válida para los efectos no tributarios"²⁶⁴. Asimismo, tampoco la norma limita la posibilidad de los particulares de escoger, entre el repertorio de los actos y negocios jurídicos que el Derecho privado les ofrece, aquellos que mejor se adecuen a sus necesidades, dentro de los límites que el ordenamiento jurídico establece. Como señala el profesor PALAO, las normas tributarias no prohíben directamente ninguna actividad en cuanto tal, por su significado sustantivo, sino sólo por sus relaciones con la propia actividad tributaria. Por este motivo, la figura del fraude a la ley sólo corrige los aspectos tributarios, respetando la licitud del objetivo perseguido y deja, en consecuencia, intacta la situación privada creada²⁶⁵.

Lo que caracteriza al fraude de ley frente a un mero supuesto de elusión es la ilicitud del medio empleado para evitar las consecuencias de la norma tributaria. El método utilizado es un negocio jurídico realizado en contra de su finalidad natural, vaciándolo de su causa y, en definitiva, utilizándolo de forma artificiosa. En consecuencia, la ilicitud no viene determinada por la existencia de un propósito de elusión, sino por la artificiosidad objetiva de la forma jurídica utilizada, como en

²⁶² PALAO TABOADA, C., "El fraude a la ley en Derecho tributario", *RDFHP*, núm. 63, 1966, p. 678. En este sentido, señala PÉREZ ARRAIZ, J., *El fraude...*, *cit.*, p. 38 que "el fraude de ley presupone un abuso de formas jurídicas, que no son adecuadas frente a los procedimientos seguidos y las relaciones económicas, es decir, se utilizan dichas formas con fines distintos a los previstos".

²⁶³ *Cfr.* PALAO TABOADA, C., "El fraude...", *cit.*, p. 678.

²⁶⁴ PALAO TABOADA, C., "El fraude...", *cit.*, pp. 678 y 679.

²⁶⁵ PALAO TABOADA, C., "El fraude...", *cit.*, p. 684.

principio parece establecer la regulación prevista en el art. 24 de la LGT. Otra cosa es, como señala el profesor PALAO, que en la práctica el propósito de eludir el tributo “se tenga que manifestar externamente y lo hará precisamente por medio de ese carácter artificioso del negocio empleado, o sea, por la ausencia de cualquier otra justificación plausible de la vía elegida (el *business purpose* del Derecho anglosajón)”²⁶⁶.

En suma, la elusión debe entenderse que es un concepto más amplio que el fraude a la ley. Solamente la elusión se convierte en fraude de ley cuando el método para evitar el tributo es ilícito; como he señalado, la ilicitud se produce por “el abuso de las formas jurídicas”. Solamente se identificaría la elusión ilícita con la que constituye fraude a la ley tributaria. Los supuestos de elusión que no constituyen fraude a la ley son lícitos y, por lo tanto, deben respetarse por el Derecho. En este sentido, podría distinguirse entre una elusión fiscal lícita, que VOGEL identifica con el concepto de planificación fiscal, y una elusión fiscal ilícita que es la que coincide con el concepto de fraude a la ley tributaria²⁶⁷. En estos mismos términos, cabría

²⁶⁶ PALAO TABOADA, C., “Notas a la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria (II)”, *RCT*, núm. 155, 1996, pp. 7 y 8. En este sentido señala ESEVERRI MARTÍNEZ, E., “Artículo 24”, en VV.AA., *La reforma de la Ley General Tributaria. Análisis de la Ley 25/1995 de 29 de julio*, Cedecs, Barcelona, 1995, que la constatación del propósito fraudulento sobre la base de “criterios objetivos –por el resultado ocasionado– es suficiente para incoar el correspondiente expediente administrativo y como tales criterios objetivados y suficientes deben considerarse la apreciación de una norma defraudada utilizando otra de cobertura que, desde una perspectiva tributaria, arroja un resultado equivalente al de aquélla, pero más favorable. Por todo esto, el propósito de eludir el tributo no se identifica con la intención de infringir la ley y por lo tanto no es requisito del fraude de ley”. La artificiosidad del negocio jurídico utilizado y la ausencia de motivos económicos válidos son criterios manejados también en otros ordenamientos. *Cfr.* GAMMIE, M., “Tax Avoidance and the rule of law: a perspective from the United Kingdom”, en COOPER, G. (ed.), *Tax Avoidance and the Rule of Law*, IBFD, Amsterdam, 1997, p. 199, HINNEKENS, L., “Uncertainties in the Interpretation of the General Anti-Avoidance Statue”, *ET*, núm. 9, 1999, pp. 341 y ss. y PISTONE, P., “Domestic Anti-Abuse Provisions and Tax Treaties: A Comparative Analysis between Italy and Belgium”, *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, núm. 3, 2000, pp. 101 a 114.

²⁶⁷ VOGEL, K., *On Double...*, *cit.*, p. 118, distingue entre una elusión fiscal lícita, que identifica con la planificación fiscal, y otra que es ilícita por la realización abusiva de las transacciones utilizadas. En este sentido, COLLINS, M., “Evasion and avoidance of Tax at the International Level”, *ET*, núm. 9, 1988, p. 292 y RUIZ TOLEDANO, J.I., *El fraude de ley y otros supuestos de elusión fiscal*, CISS, Valencia, 1998, pp. 27 a 30. Es necesario constatar que la doctrina no es unánime a este respecto. Por ejemplo, AMORÓS, N., “La elusión y la evasión tributaria”, *RDFHP*, núm. 59, 1965, p. 598 y ss. sitúa el fraude a la ley tributaria dentro de la evasión tributaria (*tax evasion*). GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., *El fraude de ley en materia tributaria*, Plaza Universitaria Ediciones, Salamanca, 1993, pp. 33 a 37, identifica la elusión sólo con supuestos ilícitos.

identificar el concepto de elusión fiscal lícita con el concepto de "economía de opción" acuñado por LARRAZ²⁶⁸.

No obstante, no podemos soslayar que la expresión "elusión fiscal" también se ha identificado exclusivamente con supuestos considerados ilícitos, por lo que quizás podría sostenerse un concepto de elusión fiscal en un sentido más restrictivo, que comprendiera exclusivamente los supuestos constitutivos de fraude a la ley tributaria.

De ser así, *sólo habría elusión fiscal cuando se evita o reduce la realización de las consecuencias del hecho imponible por la artificiosidad del negocio jurídico empleado o por la ausencia de cualquier otra justificación plausible de la vía elegida*. De todas maneras, se trata de una cuestión terminológica. Lo verdaderamente relevante es determinar cuándo existe fraude a la ley²⁶⁹. A este respecto, el principal problema radica en justificar *en qué consiste lo artificioso del negocio y explicar los motivos por los que no es aceptable la calificación pretendida por el contribuyente*²⁷⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, el fenómeno del *treaty shopping* podría considerarse como un supuesto de elusión fiscal, en el sentido restrictivo expuesto, y por lo tanto corregirse con base en la norma sobre el fraude a la ley tributaria. Este tipo de estructuras pretenden eludir la imposición en el Estado de la fuente redirigiendo la obtención del rendimiento hacia un tercer Estado, con el que el de la fuente ha celebrado un convenio que reduce significativamente el gravamen por obligación real. Aquí la norma defraudada es la norma del Estado de la fuente que establece el gravamen sobre los rendimientos obtenidos por los no residentes. La

²⁶⁸ LARRAZ, J., *Metodología aplicativa del Derecho tributario*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pp. 61 a 63. LARRAZ señala que no hay que confundir el fraude a la ley tributaria con la "economía de opción". Según este autor, "la economía de opción tiene de común con el *fraus legis* la concordancia entre lo formalizado y la realidad. De ningún modo se da simulación. También coincide en no contrariar la letra legal y en procurar un ahorro tributario. Pero, fuera de estos trazos comunes, el fraude de la ley y economía de opción divergen. La economía de opción no atenta a lo querido por el espíritu de la ley, en tanto que sí atenta el *fraus legis*". En la economía de opción "ni se operan deformaciones anómalas del negocio jurídico, ni se viola el espíritu de la ley". A este respecto señala el profesor PALAO, "¿Existe el fraude a la ley tributaria?", *RCT*, núm. 182, 1998, p. 13, que "para que haya una verdadera economía de opción el negocio realizado tiene que reunir no sólo los requisitos formales sino también los sustanciales del correspondiente tipo negocial".

²⁶⁹ Cfr. OCDE, *International Tax Avoidance and Evasion. Four Related Studies*, OECD, Paris, 1987, p. 16.

²⁷⁰ Cfr. PALAO TABOADA, C., "El fraude...", *cit.*, p. 693.

norma de cobertura es el convenio de doble imposición celebrado con el Estado al que se redirige el rendimiento²⁷¹.

La calificación de esta conducta como fraude a la ley tributaria pasaría por justificar que la obtención del rendimiento a través del Estado con el que se ha celebrado el convenio es artificiosa y carece de justificación alguna, a parte de la mera eliminación del gravamen en la fuente.

En principio, podría alegarse que estas operaciones no deben sufrir objeción alguna, dado que se cumplen los requisitos necesarios para que el convenio utilizado sea aplicable²⁷². Sin embargo, hay que tener en cuenta que *precisamente el fin de este tipo de normas es evitar que un criterio de interpretación formalista o restrictivo, que hace primar el texto de la norma sobre su finalidad, favorezca la elusión ilícita*. Por este motivo, las normas en esta materia flexibilizan la interpretación concediendo mayor peso sobre todo al elemento teleológico y, desde la perspectiva a los actos o negocios a los que se trata de aplicar el Derecho, a su significado económico y su finalidad práctica²⁷³.

El mecanismo del fraude a la ley tributaria presupone el cumplimiento de los requisitos de la norma de cobertura. Se trata de comprobar si la utilización se realiza de forma artificiosa, utilizándola para un fin diverso al que tiene asignado. Este

²⁷¹ Cfr. ROSEMBUIJ, T., *El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el Derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 298 y 299.

²⁷² Cfr. OLIVER, J.D., "Access to tax treaties", *Intertax*, núm. 8/9, 1989, p. 330.

²⁷³ Cfr. PALAO TABOADA, C., "Algunos problemas...", *cit.*, p. 130. Ahora bien, no se trata de recuperar "la interpretación económica" que implícitamente autorizaba la antigua redacción del art. 25 de la LGT. La interpretación de las normas tributarias debe ser estrictamente jurídica (cfr. FALCÓN Y TELLA, R., "Interpretación económica y seguridad jurídica", *CT*, núm. 68, 1993, p. 30). Como señala PALAO, "Economía y Derecho...", *cit.*, p. 72 y en "Tipicidad e igualdad en la aplicación de las normas tributarias (La prohibición de la analogía en Derecho tributario)", *AFDUAM*, núm. 1, 1997, p. 242, el fraude de ley es un supuesto en el que el resultado de la calificación puede ir más lejos de lo que permitiría la vinculación a las formas jurídico-privadas. Ello se permite porque esas formas han sido utilizadas con el fin precisamente de crear una calificación artificiosa que permita eludir el hecho imponible normativo. Hay que señalar la concepción del fraude a la ley del profesor PALAO es la que ha venido aceptándose de forma mayoritaria por la doctrina española, a la cual nos sumamos. No obstante, existen otras concepciones, entre las que se debe destacar la de FALCÓN en su trabajo, "El fraude a la ley tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción", *RTT*, núm. 31, 1995, pp. 55 a 73 y la de FERREIRO en su trabajo "Economía...", *cit.*, p. 55, en el que propone la supresión del mecanismo del fraude a la ley tributaria.

particular corresponde a la Administración tributaria, sin perjuicio de que su actuación posteriormente pueda ser revisada por los tribunales.

El objetivo principal de los convenios de doble imposición es la eliminación de la doble imposición. Ahora bien, no puede perderse de vista que esta finalidad es instrumental, habida cuenta que el fin último al que responden es favorecer los movimientos de bienes, capitales, personas y servicios entre los Estados parte del convenio, removiendo los obstáculos a esos movimientos, entre los que se encuentra la doble imposición internacional²⁷⁴.

Desde este punto de vista, en principio el *treaty shopping* no debería sufrir reproche alguno, porque justamente contribuye a ese fin, dado que elimina la posibilidad de que se produzca doble imposición. Si se admite la legitimidad del *treaty shopping*, se estaría favoreciendo los movimientos internacionales de bienes, capitales, personas y servicios, porque no sólo se elimina la doble imposición cuando se accede directamente al convenio, sino también cuando se realiza indirectamente. No obstante, circunscribir exclusivamente esta cuestión a este punto de vista sería excesivamente reduccionista y no contemplaría en su integridad los presupuestos de los que parten los convenios de doble imposición.

Los convenios, sin embargo, no deben amparar cualquier tipo de operación²⁷⁵. Solamente cuando esté respaldada por un substrato económico suficiente vinculado al Estado parte del convenio del que se es residente, podrá recibir la protección del

²⁷⁴ Cfr. LÜTHI, D., "Countering the abuse of tax treaties-A Swiss view", *Intertax*, núm. 8/9, 1989, p. 336, VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 33 y EASSON, A., "Do We...", cit., p. 622. Como expresamente señalan los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (párrafo núm. 7) "la finalidad de los convenios de doble imposición es promover los intercambios de bienes y servicios y los movimientos de capitales y personas mediante la eliminación de la doble imposición internacional". Existen otros tratados internacionales que contribuyen al mismo fin, eliminando otros elementos que obstaculizan esos movimientos (barreras comerciales, arancelarias, etc.). Buen ejemplo de ello es el propio Tratado de la Comunidad Europea o el GATT.

²⁷⁵ Señalan los Comentarios al art. 1 del Modelo (párrafo núm. 7) que los convenios "no deben facilitar la evasión o el fraude fiscal". En este sentido, PISTONE, P.; ROMANO, C., "Short Report on the Proceedings of the 54th IFA Congress, Munich 2000", *BIFD*, núm. 1, 2001, p. 40. Cómo señala LAULE, G., en IFA, *How Domestic Anti-Avoidance Rules Affect Double taxation Conventions*, Kluwer Law International, La Haya, 1995, p. 9, de los párrafos 7 a 26 de los Comentarios al art. 1 claramente se deduce que los beneficios del convenio solamente deben aplicarse a las entidades que realizan actividades económicas de buena fe.

convenio. De lo contrario, el propio convenio contribuiría a distorsionar los flujos de movimientos de capitales. Como vimos en el apartado anterior, la generalización de estas estructuras puede modificar artificialmente los flujos económicos existentes entre los Estados parte del convenio. El Estado que sufre sus consecuencias, puede experimentar un aumento significativo de los flujos económicos procedentes del otro Estado parte del convenio, quebrando, en su caso, los presupuestos sobre los que celebró el convenio, incluso hasta el punto de producir un perjuicio económico insoportable. Parece razonable pensar que los convenios no pretenden favorecer ese tipo de flujos económicos. Sólo los que guarden la debida conexión con Estado de residencia podrán recibir la protección del convenio.

Por otro lado, los convenios para evitar la doble imposición no deben contribuir a que las rentas internacionales eludan cualquier tipo de tributación. Como vimos en la primera parte del trabajo, la combinación entre sociedades base y sociedades intermedias puede servir a tal efecto, de ahí que sea necesario adoptar medidas para evitarlo, con el fin de garantizar la integridad y eficiencia de los sistemas tributarios²⁷⁶.

Por lo tanto, aunque los términos de la norma de cobertura se cumplan (los del convenio), puede producirse una conducta que sea contraria a los fines que tienen asignados. En este sentido, el criterio determinante para concluir si existe artificiosidad en la utilización del convenio, es la inexistencia de un vínculo económico suficiente, o lo que es lo mismo, debe existir un propósito económico válido que justifique la residencia en ese Estado²⁷⁷.

En este sentido, señalan los Comentarios al Modelo OCDE, que las “medidas anti-abuso” sólo deben utilizarse para mantener la equidad y la neutralidad de los sistemas tributarios de los Estados. “Sería contrario a los principios generales que inspiran [el Modelo de Convenio], y al espíritu de los convenios fiscales en general,

²⁷⁶ Cfr. VANISTENDAEL, F., “Impact of European tax law on tax treaties with third countries”, *EC Tax Review*, núm. 3, 1999., p. 165.

²⁷⁷ Como señala HÜBNER, G., “Abuse of Double Taxation Conventions”, *ET*, núm. 7, 1988, p. 210, sólo debe aplicarse el convenio a las sociedades activas, en el sentido de que deben contribuir de alguna manera a la economía del Estado de residencia.

extender la aplicación de las medidas anti-abuso a actividades como la producción, la prestación normal de servicios o la actividad comercial de sociedades que realizan actividades empresariales reales, cuando *estén claramente integradas en el entorno económico* del [Estado] del que son residentes y se realicen de tal forma que no pueda sospecharse que existe evasión fiscal”²⁷⁸.

Se desprende del párrafo transcrito de los Comentarios la idea anteriormente expuesta: *sólo existe abuso cuando la residencia en un Estado no implique además una integración en su entorno económico*. Cuando existe ese grado de integración, la conducta es lícita, por lo que no debe sufrir reproche alguno desde el punto de vista de las normas contra el fraude a la ley tributaria. Es más, de aplicarse en estos casos, la norma sería contraria a los fines de los convenios, porque estaría obstaculizando injustificadamente los fines que les son propios.

“El abuso de formas jurídicas” se produce porque se establece la residencia de una sociedad con el único fin de acceder al régimen del convenio. En cierta medida, constituye una utilización abusiva de la personalidad jurídica, porque su creación sólo se justifica con base al motivo fiscal, sin verse acompañado de ningún elemento que implique el desarrollo de una actividad económica²⁷⁹. El vínculo con el Estado de residencia de la persona jurídica utilizada es meramente formal. No existe elemento económico alguno que la vincule al territorio al sujeto que obtiene el rendimiento o a la operación que genera el rendimiento en el Estado de la fuente.

En definitiva, el criterio que determina lo artificioso de la operación y, por lo tanto su ilicitud desde el punto de vista del fraude a la ley tributaria, es la existencia o no de elementos suficientes que integren la operación o al sujeto en el Estado de residencia²⁸⁰.

²⁷⁸ Párrafo 26 de los Comentarios al art. 1 del Modelo.

²⁷⁹ El profesor ZORNOZA, “La simulación...”, *cit.*, p. 185, señala que en Derecho tributario los supuestos de abuso de la personalidad jurídica deben corregirse mediante la norma sobre el fraude a la ley. En este sentido, también, FALCÓN Y TELLÁ, R., *Análisis de la transparencia tributaria*, IEF, Madrid, 1984, pp. 184 y 185.

²⁸⁰ En este sentido, la jurisprudencia norteamericana del ámbito fiscal se emplea la prueba del objeto negocial (*business purpose test*) en virtud del cual se declara la “ineficacia de determinadas actividades, como la constitución de sociedades, cuando no están motivadas por ningún propósito negocial plausible,

Hay que reconocer que aunque este parámetro en abstracto puede parecer válido, carece, sin embargo, del grado de concreción suficiente para determinar cuándo existe, en atención al caso concreto, o no un grado suficiente de integración.

No obstante, hay que tener en cuenta que las normas generales contra los supuestos de fraude tienen este inconveniente. Como acertadamente señala el profesor PALAO, “la delimitación del supuesto de fraude a la ley se basa inevitablemente en conceptos que poseen un considerable grado de indeterminación y, en consecuencia, ocasionan una cierta inseguridad jurídica. Este es el precio que hay que pagar por impedir que la norma jurídica sea burlada”²⁸¹. Por el contrario, carecen de las limitaciones de las normas específicas (*specific and targeted anti-avoidance rules*, *Ersatztatbestände*), cuyo presupuesto de hecho puede eludirse fácilmente, sin que la norma, dada la limitación de su ámbito de aplicación, pueda resolver los supuestos que quedan fuera del mismo²⁸².

que sea distinto a la mera ventaja fiscal”. Cfr. SERRANO GONZÁLEZ MURILLO, J.L.; MERINO JARA, I., “El levantamiento del velo en el marco de la defraudación tributaria”, *RDFHP*, núm. 231/232, 1994, p. 676. Como hemos visto, este es uno de los criterios externos que pueden examinarse para determinar si existe fraude a la ley.

²⁸¹ PALAO TABOADA, C., “Algunos problemas...”, *cit.*, p. 8. Añade este autor que aunque el fraude de ley determina una cierta inseguridad jurídica, su existencia está justificada porque trata de evitar unos resultados injustos, sólo aparentemente apoyados en la cobertura de normas de derecho, cuya finalidad sustancial no era esa cobertura. Ahora bien, el sacrificio de la seguridad jurídica ha de ser razonable. La norma sobre el fraude solamente debe aplicarse cuando el abuso del Derecho sea patente. En última instancia el alcance y la efectividad de tales cláusulas están en manos de los Tribunales, a cuya prudencia confía su aplicación. En este sentido, IFS, *Tax Avoidance...*, *cit.*, pp. xii y xii. No obstante, una forma de reducir la inseguridad jurídica que genera este tipo de cláusulas generales es la posibilidad de obtener, con anterioridad a la realización de una operación, una consulta de la Administración que establezca si la cláusula general es aplicable al caso concreto.

²⁸² Cfr. COOPER, G., “Conflicts, challenges and choices- the rule of law and anti-avoidance rules”, en COOPER, G. (ed.), *Tax Avoidance and the Rule of Law*, IBFD, Amsterdam, 1997, p. 40, AMATUCCI, A., “Fraude y evasión. Vías”, *RLDT*, núm. 48, 1998, p. 15 y GARCÍA NOVOA, C., “La modificación de la cláusula antiabuso del art. 110 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades”, *RTT*, núm. 54, 2001, p. 22. En efecto, como señala el profesor PALAO, “El atolladero...”, *cit.*, p. 146, “la lucha contra el fraude a la ley no puede confiarse únicamente al legislador. Este puede acudir a cerrar las vías de elusión cuando no existan o hayan fracasado otros medios o su utilización alcance dimensiones que hagan aconsejable su intervención. Pero con carácter preventivo y frente a los siempre renovados esquemas de elusión fiscal es necesario un instrumento general de reacción, sea legislativo, o en forma de norma general de sanción del fraude a la ley, ya común a todo el ordenamiento, como el artículo 6 del Código Civil, ya especial para el ámbito tributario, como el art. 24. LGT, sea mediante una doctrina jurisprudencial consolidada, como es el caso de Estados Unidos”.

Del propio Modelo de convenio tampoco se extraen claves suficientes útiles para dilucidar cuándo existe un nivel de integración suficiente. No obstante, como veremos en el próximo apartado, el concepto de residencia previsto en el art. 4 del Modelo exige que exista una vinculación fáctica entre el sujeto y el territorio del Estado parte para que el convenio sea aplicable. Los vínculos meramente formales no son suficientes para ser considerado residente.

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, sin perjuicio de los problemas que plantea el hecho de la formulación abstracta de las normas generales en materia de fraude a la ley, parece que *a priori* podría denegarse la aplicación de un convenio a una estructura *treaty shopping* cuando concurren los presupuestos del art. 24 LGT²⁸³.

Sin embargo, al igual que sucede con las normas o principios jurídicos utilizados por otros Estados, para combatir estas situaciones, la aplicación en el ámbito internacional puede encontrar algunos problemas añadidos. Un buen ejemplo de ello es que existen resoluciones judiciales que han rechazado la aplicación de una norma general en materia de fraude a la ley para corregir estas estructuras²⁸⁴.

En primer lugar, desde un punto de vista fáctico, al tener lugar las operaciones en más de una jurisdicción tributaria, la Administración puede encontrarse con serias dificultades para identificar las operaciones que pueden constituir una utilización abusiva del convenio. Lo anterior, sin embargo, no es un

²⁸³ Cfr. LUCAS DURÁN, M., *La tributación...*, cit., p.181. PÉREZ ARRAIZ, J., *El fraude...*, cit., p. 113 señala que hay que tener en cuenta que las dificultades con que se encuentra la norma a la hora de aplicarla en el ámbito interno aumentan cuando se proyecta en operaciones internacionales.

²⁸⁴ Un ejemplo es la sentencia de 29 de octubre de 1991 del Tribunal Federal alemán (asunto Mónaco-Fall). El supuesto de hecho se refiere a un residente de Mónaco que había creado una sociedad en Suiza a los solos efectos de percibir desde allí los dividendos obtenidos en Alemania, habida cuenta que entre Mónaco y Alemania no existía convenio. Aunque el Tribunal declaró que el art. 42 de la AO no era aplicable en este supuesto, hay que tener en cuenta que el fundamento no es el hecho de que exista un convenio de doble imposición, sino que esa norma sólo es aplicable a los residentes. Los supuestos de *treaty shopping* afectan a no residentes, por lo que la norma no es aplicable. Por este motivo, en diciembre de 1993 se introdujo una norma específica en la Ley del Impuesto sobre Sociedades (art. 50d *EstG*) para denegar la aplicación de los convenios de doble imposición a los no residentes cuando se produce una situación de fraude a ley. Aunque la norma no está redactada en términos idénticos al art. 42 de la AO, los principios que subyacen son los mismos. Cfr. THÖMMES, O.; KIBLBÖCK, I., "Anti-Treaty Shopping Provisions", *ET*, núm. 4, 1994, pp. 116 y 117 y RÄDLER, A., "Limitation of Treaty Benefits in Germany", en VV.AA. *International Studies in Taxation: Law and Economic*, Kluwer Law International, Londres, 1999, pp. 297 y ss.

problema específico de la norma en materia de fraude a la ley tributaria, pero no puede soslayarse que la internacionalidad del supuesto de hecho dificulta su aplicación con respecto a los que suceden en una misma jurisdicción²⁸⁵.

En segundo lugar, es imprescindible reparar que la inaplicación del convenio se realiza con base exclusivamente en una norma interna del Estado de la fuente. Es la Administración tributaria del Estado de la fuente quien, en aplicación de la norma, deniega al contribuyente residente en el otro Estado contratante, la aplicación del convenio, porque considera que realiza una utilización fraudulenta del convenio de doble imposición.

Pues bien, al igual que sucede en el ámbito interno, en el ámbito internacional la norma general en materia de fraude a la ley tributaria debe emplearse con suma cautela. Ese deber de cautela debe ser mayor cuando un convenio de doble imposición es aplicable. La consecución de los fines del convenio requiere que los Estados contratantes lo apliquen de modo uniforme.

A pesar de que la formulación de este tipo de normas o principios en los distintos Estados, cuando existen, es similar, no necesariamente coinciden en todos los aspectos o, por lo menos, puede que se aprecien de manera distinta²⁸⁶. Siendo ello así, los resultados a los que puede llegar cada Estado pueden diferir, pues no existe un consenso internacional acerca de la línea divisoria entre lo que es, y lo que no es, aceptable en esta materia²⁸⁷. Como hemos señalado antes, aunque el parámetro que puede tenerse en cuenta es la existencia de un grado de integración suficiente de la operación o el sujeto en el Estado de residencia, dada la generalidad de su

²⁸⁵ Cfr. LAULE, G., en IFA, *How Domestic Anti-Avoidance...*, cit., p. 37. Hay que significar que la determinación de la existencia de fraude a la ley tributaria es una cuestión de calificación y no una cuestión de hecho. No obstante, para considerar que un negocio o una transacción se ha realizado en fraude a la ley, previamente deben conocerse y estar probados todos los elementos del negocio, que sí es una cuestión de hecho. Cfr. PALAO TABOADA, C., "Notas...", cit., p. 8. Los mecanismos internacionales para la asistencia e intercambio de información tributaria contribuyen a la resolución de este problema previo a la aplicación de la norma. Sobre los mismos véase CALDERÓN CARRERO, J.M., *Intercambio...*, cit.

²⁸⁶ Cfr. TORRIONE, H., en IFA, *How Domestic Anti-Avoidance...*, cit., pp. 30 y 31 y WASSERMEYER, F., en IFA, *Abusive Application of International Tax Agreements*, Kluwer Law International, La Haya, 2001, p. 19.

²⁸⁷ Cfr. JEFFERY, R., *The Impact...*, cit., p. 114.

formulación, es posible que se produzcan resultados diferentes según quién sea el Estado que aplique el convenio²⁸⁸.

Desde esta óptica, aunque en principio es deseable que los Estados puedan articular sus normas internas en materia de fraude a la ley tributaria, materialmente su aplicación genera serios problemas, especialmente, porque puede quebrar la uniformidad que es exigible en la aplicación del convenio por los Estados que forman parte del mismo²⁸⁹.

El tercer problema que se plantea es de carácter formal, aunque está vinculado con el anterior. La aplicación de estas medidas internas no suele estar prevista en los convenios de doble imposición que siguen el Modelo OCDE. En principio, si el convenio no autoriza expresamente estas medidas, los Estados no deberían negar su aplicación a un sujeto que cumple los requisitos para ello, a pesar de que su "conducta" sea reprochable desde el punto de vista de las normas nacionales sobre el fraude a la ley, *business purpose*, etc. En este sentido, como señaló en 1986 la OCDE, si el convenio no prevé esa autorización, bajo el principio *pacta sunt servanda*, debe aplicarse el régimen del convenio, aunque pueda considerarse que el sujeto lo está utilizando de manera abusiva²⁹⁰.

Los convenios de doble imposición son tratados internacionales. De acuerdo con los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena de 1969, sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), los tratados, una vez que entran en vigor, obligan a las partes que

²⁸⁸ Buen ejemplo de ello es el caso comentado por VAN WEEGHEL, S., "Abuse...", *cit.*, pp. 10 y ss., sobre una operación realizada por una sociedad residente en EEUU con respecto a las participaciones que tenía en una sociedad residente en los Países Bajos, para conseguir la tributación como incremento patrimonial de los dividendos repartidos mediante la venta y recompra de las participaciones, y así eludir el impuesto en la fuente autorizado por el convenio. Bajo la calificación de incremento patrimonial, sólo el Estado de residencia es competente para someter a tributación. El Tribunal holandés señaló que al existir un convenio de doble imposición no era posible aplicar la norma en materia de fraude de ley para que la operación tributara como dividendos. En cambio, en EEUU, bajo la norma interna en esta materia, la sociedad tributó como si hubiera obtenido dividendos y no un incremento patrimonial.

²⁸⁹ Cfr. GUSTAFFSON, R., en *How Domestic Anti-Avoidance...*, *cit.*, p. 36. LUCAS DURÁN, M., *La tributación...*, *cit.*, p. 250 dice que "no parece posible sin más una aplicación autónoma de las medidas nacionales antifraude, pues ello pudiera conducir de nuevo a asimetrías notables (permisibilidad por parte de un estado de operaciones de planificación fiscal y por otro no), o lo que es peor, a no eliminar la sobreimposición que pretende el tratado fiscal, lo cual resulta un contrasentido".

²⁹⁰ Párrafo 23 del informe "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", *cit.*

los suscriben y deben ser cumplidos por ellas de buena fe. El principio *pacta sunt servanda* impide que una parte pueda invocar su Derecho interno como justificación de su incumplimiento.

La aplicación de normas internas en materia de fraude a la ley, cuando no existe autorización, implica *a priori* un incumplimiento del convenio. En efecto, aunque “la letra del convenio” autoriza su aplicación, el Derecho interno lo impide²⁹¹. Desde esta óptica, estas normas no encontrarían acomodo en el ámbito de los convenios para evitar la doble imposición.

La doctrina ha intentado integrar estas reglas en el ámbito de los convenios de doble imposición. WARD señala que el principio *pacta sunt servanda* recogido en el art. 26 de la CVDT, exige que los tratados se cumplan de acuerdo con las exigencias del principio de buena fe. Este principio prohibiría la versión contrapuesta del mismo que es el abuso de Derecho²⁹². Por lo tanto, la prohibición del abuso de Derecho constituiría un principio de Derecho internacional, que debe ser tomado en cuenta en la interpretación y aplicación de los tratados²⁹³. En este sentido, puede señalarse que los Estados parte de un tratado no estarían actuando contra el principio de buena fe, cuando denieguen su aplicación a un determinado sujeto, porque se se ha apreciado que su actuación responde a los parámetros del fraude a la ley²⁹⁴.

En materia tributaria, este principio es aceptado por la mayoría de los Estados, dado que sus ordenamientos contienen normas o principios asimilables al fraude a la ley tributaria del art. 24 de la LGT. Teniendo en cuenta estas dos circunstancias,

²⁹¹ Aún así, la ausencia de autorización en el convenio no ha impedido a tribunales y Administración de distintos Estados aplicar estas normas cuando interviene un convenio de doble imposición. Véanse las resoluciones que menciona VOGEL, K., *On Double...*, cit., pp. 120 y 121.

²⁹² WARD, D., “Abuse of Tax Treaties”, *Intertax*, núm. 4, 1995, p. 178. En este caso, entiendo que el citado autor utiliza el concepto de abuso de derecho en un sentido amplio, ya que en sentido estricto abuso de derecho y fraude a la ley, por lo menos en Derecho español, no son figuras asimilables. Sobre los elementos que distinguen estas dos figuras véase el trabajo del profesor PALAO, “Algunos problemas...”, cit., pp. 127 a 129.

²⁹³ WARD, D., “Abuse...”, cit., pp. 178 y 179 menciona algunas resoluciones de la Corte Internacional de Justicia utilizando este principio.

²⁹⁴ En nuestra opinión, debe entenderse en ese sentido este principio, porque el principio de buena fe de la CVDT está dirigido a los Estados signatarios del convenio y no a los sujetos que puedan beneficiarse de su objeto.

podría admitirse la aplicación de las normas previstas en la legislación de los Estados, aunque el convenio expresamente no lo prevea. Esta parece ser también la posición de la OCDE que, tras una serie de oscilaciones, los Comentarios al Modelo contemplan expresamente la posibilidad de aplicar ese tipo de normas o principios aunque no estén expresamente autorizados en el convenio²⁹⁵.

Sin embargo, aun siendo así, estas normas se encuentran con el mismo problema señalado anteriormente, que su configuración no coincide en todos los Estados y que tampoco existe una regla internacional uniforme en esta materia. Esta situación podría dar lugar a que se produzcan asimetrías en la aplicación del convenio, perjudicando en determinados casos la consecución de finalidad, eliminar la doble imposición internacional²⁹⁶.

Por este motivo, algunos autores han propuesto que sólo sean aplicables cuando las normas en esta materia previstas en la legislación de los Estados signatarios del convenio coincidan²⁹⁷. VOGEL, por el contrario, entiende que en la aplicación del convenio debe realizarse un esfuerzo interpretativo de las “normas internas anti-fraude” existentes en los Estados signatarios, con el fin de acercar su significado y evitar que puedan tener amparo esas conductas. En este sentido, propone como parámetro para acercar esas normas el principio “substancia sobre la forma” (*substance over form*) que, a su juicio, constituye un principio de Derecho

²⁹⁵ Los Comentarios al art. 1 del Modelo de 1977 parecían excluir cualquier aplicación de normas internas que restringieran el convenio. El informe de 1986 “Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies”, como ya hemos señalado, expresamente excluían la aplicación de estas normas. El informe de 1989 “Tax Treaty Override”, en *TNI*, núm. 1, 1990, pp. 25 a 33, señala que solamente serían aplicables si existiese un consenso internacional sobre la materia pero que al no existir sólo es posible su aplicación mediante la renegociación del convenio para tratar específicamente este asunto. Finalmente, los Comentarios al Modelo de 1992 señalan que no es necesaria autorización. Esta interpretación se refuerza a tenor de las modificaciones en los Comentarios al Modelo OCDE propuestas para el año 2002 (Documento de 2 de octubre de 2001, titulado *Draft contents of the 2002 update to the model tax convention*, en <http://www.oecd.org/pdf/M00018000/M00018559.pdf>). No obstante, las referencias expresas a las normas internas en materia de fraude a la ley sólo se realizan respecto a determinados rendimientos (dividendos, intereses y cánones, fundamentalmente).

²⁹⁶ Cfr. WARD, D., “Abuse...”, *cit.*, p. 181.

²⁹⁷ MÖSSNER, J.M., “Selbständigkeit juristischer Personen und Kapitalgesellschaften im internationalen Steuerrecht”, *RIW*, 1986, p. 211 y WASSERMEYER, “Die beschränkte Steuerpflicht”, en *Grundfragen des Internationalen Steuerrechts*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Colonia, 1985, p. 71, citados por LUCAS DURÁN, M., *La tributación...*, *cit.*, en la nota 378.

internacional²⁹⁸. Aún así, VOGEL señala que la aplicación debe ser excepcional y que sin duda lo más deseable es que los parámetros para su aplicación deberían fijarse por los Estados parte del convenio²⁹⁹.

En suma, se puede concluir que aunque en el ámbito internacional los supuestos de elusión fiscal ilícita o abuso de Derecho no deben recibir el amparo de los convenios de doble imposición, existen reticencias a la hora de aplicar las normas internas de los Estados en esta materia. El motivo de lo anterior radica en la diferente formulación de las normas estatales en esta materia, lo cuál puede dar lugar a asimetrías en la aplicación del convenio. Por este motivo, cuando el convenio no lo autoriza expresamente, la doctrina sólo admite su aplicación en supuestos excepcionales³⁰⁰.

En este último caso, cuando el convenio contempla dicha autorización, formalmente la aplicación de estas normas con el convenio está salvada. No obstante, materialmente se plantean los mismos problemas anteriormente analizados, especialmente cuando las normas o doctrinas jurisprudenciales en esta materia diverjan claramente en los Estados parte del convenio.

Ante esta situación, la conclusión a la que llega unánimemente la doctrina es que, dada la dificultad de reconducir estos comportamientos al hecho imponible en el campo de aplicación de las normas (fraude a la ley tributaria, abuso de formas jurídicas, *substance over form test*, etc.), deben acometerse en la fase de elaboración de las normas, es decir, introduciendo medidas específicas contra estos comportamientos en el propio convenio. Como señala UCKMAR, “las disposiciones

²⁹⁸ VOGEL, K., *On Double...*, cit., pp. 122 a 125. Por lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, se trataría de analizar si la sociedad que percibe el rendimiento en el Estado de la fuente, encuentra vínculos suficientes con el Estado de residencia que justifiquen la percepción del rendimiento desde ese Estado. Desde el punto de vista del principio sustancia sobre la forma, este parámetro sirve para determinar si la sociedad sólo existe en ese Estado en el plano formal, o bien desde el plano material existen elementos que la vinculen a su territorio.

²⁹⁹ VOGEL, K., *On Double...*, cit., p. 125.

³⁰⁰ Nótese, sin embargo, que esto no es una característica propia de la aplicación de la norma en el ámbito de los convenios de doble imposición, sino también cuando el supuesto se mueve dentro de los límites de una misma jurisdicción tributaria. En este sentido, la doctrina española afirma que el recurso al art. 24 de la LGT debe realizarse con la debida cautela y sólo en supuestos excepcionales. Cfr. PALAO TABOADA, C., “La elusión...”, cit., p. 776.

detalladas comprendidas en los convenios sobre doble imposición parecen representar el medio más apropiado de resolver el problema”³⁰¹.

En nuestra opinión, aunque es cierto que las normas específicas facilitan sensiblemente la denegación del régimen previsto en el convenio, “la lucha contra el fraude a ley no puede confiarse únicamente al “legislador convencional”. Al igual que sucede en el ordenamiento interno, también en el ámbito de los convenios es necesario que exista un instrumento general de reacción para luchar contra los siempre renovados esquemas de elusión fiscal³⁰². En este sentido, ese instrumento general de reacción contra el fraude a la ley puede ser el previsto en cada ordenamiento, o bien puede articularse formulando una cláusula general contra el fraude a la ley en el propio convenio de doble imposición³⁰³.

En tanto en cuanto el convenio no prevea una cláusula general contra el fraude a la ley, debe admitirse la aplicación de las normas internas en esta materia. La aplicación debe realizarse con la máxima cautela, para evitar resultados contrarios a los fines de los convenios de doble imposición. En este sentido, es conveniente que el Estado de la fuente, a través de los mecanismos de colaboración establecidos del convenio, permita la participación, de alguna forma, al Estado de residencia a la hora de aplicar la norma³⁰⁴. Teniendo presente el contexto en que se aplica la norma

³⁰¹ UCKMAR, V., “Elusión...”, *cit.*, p. 184. Señala CALVO ORTEGA, R., en el prólogo al trabajo de LUCAS DURÁN, M., *La tributación...*, *cit.*, p. 23, que “es en esta vertiente del fraude de ley la que plantea continuos interrogantes en materia de fiscalidad internacional y, en concreto, en relación con los Convenios de Doble Imposición. La solución o atenuación de este fenómeno puede estar en la utilización de distintas técnicas: desde su recepción y expresión concreta en el propio texto del Convenio a la aplicación por cada Estado, sin más, de sus propias medidas. A favor de esta segunda solución está que el Convenio una vez aprobado se incardina en el Ordenamiento Jurídico de que se trate. De cualquier manera es preferible en aras del principio de seguridad jurídica que sea el propio Convenio el que establezca técnicas para neutralizar el uso impropio y abusivo de conceptos y figuras jurídicas o haga una remisión al ordenamiento interno”. En este sentido, también, HUISKAMP, J.; BRACEWELL-MILNES, B.; WISSELINK, M., *International Tax Avoidance*, *cit.*, p. 329, ALI, *International...*, *cit.*, p. 153, WARD, D., “Abuse...”, *cit.*, p. 184, LUCAS DURÁN, M., *La tributación...*, *cit.*, p. 253 y TÔRRES, H., *Direito...*, *cit.*, p. 357.

³⁰² Cfr. PALAO TABOADA, C., “El atolladero...”, *cit.*, p. 146.

³⁰³ No cabe duda que la formulación de una cláusula general contra el fraude a la ley en el propio convenio contribuirá a que su aplicación, por los Estados parte, se haga de manera uniforme. A este respecto, cabe resaltar la propuesta de ESSERS, P., en IFA, *Abusive Application...*, *cit.*, p. 60, en el sentido de que la propia OCDE debería formular esa cláusula general en su Modelo de convenio.

³⁰⁴ Un supuesto paradigmático es el convenio entre España y Cuba. El art. 9 del Protocolo autoriza a las autoridades competentes de los Estados parte a que, de común acuerdo, denieguen los beneficios previstos en el convenio, a una determinada persona o a una determinada transacción, cuando

interna, y respetando las cautelas anteriores, es probable que se logre un resultado uniforme³⁰⁵.

Al mismo tiempo, también *es plausible que los Estados introduzcan normas específicas en el propio convenio*. Como veremos, las cláusulas de limitación de beneficios se sitúan dentro de ese tipo de normas.

Finalmente hay que señalar que debe encuadrarse en ese mismo ámbito la posición adoptada por algunos Estados, consistente en introducir directamente normas específicas en su legislación interna negando la aplicación de los convenios. A ellas nos referiremos someramente en un apartado posterior (III.C), dado que el objeto de nuestro estudio son las medidas específicas introducidas en los convenios. El principal problema de estas medidas es que pueden ser contrarias a los convenios de doble imposición, porque limitan unilateralmente su ámbito subjetivo (*treaty override*).

II.B.- Las normas contra el *treaty shopping* en los convenios de doble imposición: el concepto de residencia, el concepto de beneficiario efectivo y las cláusulas de limitación de beneficios

En primer lugar, deben analizarse los conceptos previstos ya en los convenios para determinar cuál es su concreto alcance y cómo pueden resultar útiles contra estas estructuras sin necesidad de llegar a la solución más exigente, que consiste en la

consideren “que en determinadas circunstancias el objetivo de dicha persona o transacción sea principalmente el de obtener ventajas de las disposiciones de este Convenio”. Este supuesto, en cierta medida, no se trata más que una autorización prevista en el convenio con el fin de permitir la denegación de los beneficios del convenio en supuestos de “fraude a la ley”. *Para garantizar que esta parte del convenio se aplique de manera uniforme, se supedita su aplicación al hecho de que ambos Estados estén de acuerdo.*

³⁰⁵ En este sentido se pronuncian TORRIONE, H., en IFA, *How Domestic Anti-Avoidance...*, cit., p. 43 y WEST, P., en *Abusive Application...*, cit., pp. 54 y 55. En efecto, la aplicación de la norma por el Estado de la fuente tendrá también efectos en el Estado de residencia, especialmente si éste considera que no se produce una utilización abusiva del convenio. Como es sabido, el Estado de residencia, bien como consecuencia del convenio o de su legislación interna, eliminará la doble imposición sufrida por los rendimientos en la fuente. Al no aplicarse el convenio por el Estado de la fuente, el importe de la deducción (método de imputación) que deberá conceder será mayor, normalmente, que en el caso de haberse aplicado el convenio.

modificación del convenio, al efecto de introducir las medidas específicas, que es lo que sucede con las cláusulas de limitación de beneficios³⁰⁶.

A este respecto, se analizarán el concepto de residencia y persona previsto en el convenio, que son los dos parámetros utilizados para delimitar el ámbito subjetivo del mismo. También se prestará especial atención al concepto de beneficiario efectivo previsto en los arts. 10, 11 y 12 del Modelo OCDE. Es preciso delimitar el significado del concepto de beneficiario efectivo, porque la necesidad de introducir cláusulas de limitación de beneficios en el convenio depende en gran medida del alcance que se otorgue a este concepto. Finalmente, se examinará *la configuración general de las cláusulas de limitación de beneficios* previstas en el Modelo EEUU de 1996 y en los convenios celebrados por EEUU con Estados miembros de la Unión Europea.

II.B.1.- El ámbito subjetivo de los convenios en el Modelo OCDE: los conceptos de persona y residencia

Se entiende por ámbito subjetivo de los convenios de doble imposición el colectivo de personas a las que dicho convenio puede afectar. De acuerdo con el art. 1 del Modelo OCDE, el convenio se aplica a las personas residentes de uno o ambos Estados parte del mismo³⁰⁷.

Las estructuras *treaty shopping*, como hemos tenido ocasión de analizar, *amplían materialmente el ámbito subjetivo de los convenios de doble imposición*, porque habilitan a residentes en terceros Estados el acceso indirecto al régimen de los convenios. Estas estructuras pretenden principalmente reducir el *impuesto en el camino* mediante la aplicación de las limitaciones que el convenio impone al Estado de la fuente a la hora de someter a tributación los rendimientos obtenidos en su territorio por residentes del otro Estado parte del convenio. A través de este tipo de estructuras,

³⁰⁶ Esta es la posición de la OCDE expresada en el informe "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", *cit.*, párrafo 14.

³⁰⁷ Cfr. DEL ARCO RUETE, L., *Doble imposición...*, *cit.*, p. 32. No obstante, en materia de no discriminación, el Modelo OCDE extiende sus efectos a personas que pudieran no residir en alguno de los Estados contratantes, ya que en este aspecto se atiende al vínculo de la nacionalidad y no al de la residencia.

como gráficamente señala la Administración tributaria de EEUU, el convenio se convierte “en un convenio con el mundo” (*treaty with the world*) y no solamente con el Estado con el que se ha celebrado³⁰⁸.

La raíz de esta problemática se encuentra precisamente en la definición del ámbito subjetivo del convenio que pasa, como hemos señalado, por la concurrencia de dos requisitos, ser persona y ser residente al menos en uno de los dos Estados contratantes³⁰⁹.

A) El concepto de persona

El concepto de persona se formula en términos bastante amplios en el art. 3 del Modelo OCDE³¹⁰. El mismo comprende a las personas físicas, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas. Como se puede comprobar, el concepto no se restringe a las personas físicas y a los entes que tienen personalidad jurídica. Es más, al definir el Modelo el concepto de sociedad no sólo se refiere a las personas jurídicas “sino cualquier otra entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos”³¹¹.

Dada la amplitud con que se formula el concepto, raramente el cumplimiento de este requisito constituirá un problema a los efectos de aplicación del convenio. Los

³⁰⁸ Cfr. ALI, *International...*, cit., p. 152.

³⁰⁹ Señalan VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, cit., p. 10-4 que el desarrollo de las cláusulas de limitación de beneficios se debe precisamente a la debilidad del concepto de residencia previsto en el Modelo de convenio. Lo anterior solamente es en parte cierto. Como se ha podido comprobar, las estructuras *treaty shopping* dependen también en gran manera del régimen previsto en el Estado intermedio. Un Estado con normas muy rigurosas en materia de precios de transferencia o subcapitalización no será una jurisdicción idónea para canalizar la operación, especialmente si se trata de un supuesto de *stepping stone conduit*.

³¹⁰ Señalan los Comentarios al art. 3, que “la definición del término persona contenida en la letra a) no es en absoluto exhaustiva y deberá interpretarse en un sentido muy amplio”.

³¹¹ Como señala el profesor PALAO, “La aplicación de los convenios de doble imposición a las sociedades personalistas: El informe de la OCDE de 1999”, *RCT*, núm. 209/210, 2000, p. 61, esta frase se refiere a los entes sin personalidad jurídica que a efectos tributarios se tratan como sujetos independientes. Respecto al ordenamiento español, este supuesto se estaría refiriendo a los entes del art. 33 de la LGT cuando la Ley les atribuye expresamente la condición de sujetos pasivos.

principales problemas vendrán no por el lado de este requisito, sino por el del concepto de residencia³¹².

Buen ejemplo de ello es el tratamiento de las sociedades personalistas en la tributación internacional³¹³. No todos los ordenamientos otorgan personalidad jurídica a este tipo de sociedades, sin embargo, como ha señalado la OCDE en su informe sobre los problemas que plantea la aplicación del Modelo OCDE a estas sociedades³¹⁴, ello no impide su inclusión en el concepto de persona del Modelo. En este sentido, deben considerarse personas, de acuerdo con el art. 3 del Modelo, "en cuanto que o bien son una sociedad -aquí en el sentido de sociedad tratada a efectos fiscales como sujeto independiente- [...] o bien constituyen una agrupación de personas"³¹⁵.

La claridad con que se resuelve esta cuestión, no es comparable con la solución que se da para considerar que una sociedad personalista es residente en el sentido del Modelo OCDE.

En una primera aproximación, cabe señalar que mientras en algunos Estados el impuesto sobre la renta obtenida recae sobre la propia sociedad, considerándose como sujeto independiente de los socios, en otros Estados el impuesto se aplica a los socios en función de su participación en las rentas de la sociedad. En el segundo caso, la sociedad personalista no tiene derecho a la aplicación del convenio, ya que no está sujeta a imposición por la renta mundial obtenida. La aplicación del convenio a este

³¹² Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 39.

³¹³ El elemento fundamental que distingue las sociedades personalistas de las de capitales consiste en que, por regla general, los socios responden de las deudas sociales. En Derecho español el reconocimiento o no de personalidad jurídica no es un elemento determinante de distinción, porque el art. 116.2 del Código de Comercio y el Código Civil generaliza el reconocimiento de la personalidad jurídica. No obstante, en los sistemas jurídicos de Derecho anglosajón, con carácter general, no se reconoce personalidad jurídica a las sociedades personalistas. Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho mercantil*, tomo I, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 219 a 220. En la legislación española las sociedades personalistas son las sociedades mercantiles colectiva y comanditaria y la sociedad civil. A todas se les reconoce personalidad jurídica, salvo a la sociedad civil "cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros" (art. 1669 del CC).

³¹⁴ OCDE, *The Application of the OCDE Model Tax Convention to Partnerships*, OECD, Paris, 1999.

³¹⁵ PALAO TABOADA, C., "La aplicación...", cit., p. 61. En este sentido, GARCÍA PRATS, F.A., "Problemas internacionales de la tributación de los *partnerships*. Reunión de la IFA de 1995", *RDFHP*, núm. 238, 1995, p. 1010 a 1012 y LANG, M., *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, Kluwer Law International, 2000, pp. 22 y 23.

tipo de sociedades pasa por el hecho de que estén sujetas a tributación por la renta mundial obtenida. No sucederá ese particular cuando se aplique un régimen de transparencia o de atribución de rentas³¹⁶. Se plantea, sin embargo, si los socios tienen derecho a la aplicación del convenio.

No nos vamos a ocupar aquí de los problemas que plantea la tributación de las sociedades personalistas. Solamente queremos destacar que la aplicación o no del convenio depende fundamentalmente de que el sujeto que reclama su aplicación tenga la consideración de residente en alguno de los Estados parte del mismo. De ahí que resulte ineludible saber cuál es el régimen de tributación establecido en el Estado desde el que la sociedad personalista reclama la aplicación del convenio³¹⁷. Como se puede comprobar, los problemas que plantea la aplicación de los convenios de doble imposición a las sociedades personalistas se encuentran en el art. 4 del Modelo OCDE (concepto de residencia) y no en el art. 1 del mismo Modelo (concepto de persona)³¹⁸.

En este sentido, la amplitud con que se define el concepto de persona, deja poco espacio para negar la aplicación del convenio cuando se produce una estructura *treaty shopping*, incluso cuando se utiliza una sociedad personalista. No obstante, los problemas que plantea la aplicación de los convenios de doble imposición a las sociedades personalistas explica por qué normalmente se utilizan sociedades de capitales en las estructuras *treaty shopping*.

³¹⁶ Respecto al ordenamiento español, por ejemplo, las sociedades civiles no son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades y las rentas obtenidas se imputarán a los socios según un sistema de atribución de rentas (cfr. arts. 6 y 7 LIS). Por otro lado, el régimen de transparencia fiscal de la LIS no impediría a las sociedades a las que le es aplicable reclamar la aplicación del convenio. Este régimen no se aplica respecto a los socios no residentes. Asimismo, aunque se aplique a los socios residentes el régimen de transparencia, la sociedad tiene derecho a la aplicación del convenio. En la medida que las rentas se imputan sólo a los socios residentes en España y éstos tributan por la renta mundial obtenida, la sociedad tiene derecho a la aplicación del convenio. En este sentido se pronuncia VOGEL, K., *On Double...*, cit., p. 93, refiriéndose al régimen español de transparencia fiscal.

³¹⁷ En este sentido, PALAO TABOADA, C., "La aplicación...", cit., p. 63 y LANG, M., *The Application...*, cit., p. 35.

³¹⁸ Estos mismos criterios sirven cuando el ente utilizado no es ni una persona física ni una sociedad con personalidad jurídica, como por ejemplo, una fundación, una *trust*, etc. La consideración como persona no plantea problemas relevantes. La cuestión principal es que pueda considerarse residente a los efectos del convenio. Cfr. VOGEL, K., *On Double...*, cit., p. 103.

La atribución a un ente de personalidad jurídica determina la sujeción al impuesto sobre sociedades, habida cuenta que el Derecho tributario de los Estados liga normalmente la sujeción a ese impuesto a la forma jurídica³¹⁹. La sujeción al

³¹⁹ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., *Sistema tributario...*, cit., pp. 185 a 186 y ESEVERRI MARTÍNEZ, E., "La definición del sujeto pasivo en el Impuesto sobre Sociedades", *REDF*, núm. 30, 1981, pp. 315 y 316. En principio, cuando un determinado tributo establece que serán sujetos pasivos del mismo las personas jurídicas debemos entender que realiza una remisión al Derecho privado. Por lo tanto, estarán sujetas a dicho tributo los entes a los que el Derecho privado reconozca personalidad jurídica. No obstante, también cabe la posibilidad de que el Derecho tributario formule su propio concepto de "persona jurídica" para determinar la sujeción a un determinado tributo. Como ha señalado el profesor RAMALLO, "Derecho fiscal frente a Derecho civil: Discusión en torno a la naturaleza del Derecho fiscal entre L. Trotabas y F. Geny", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 46, 1973, pp. 20 y 21, "el legislador, cuando utiliza un concepto civil, puede tomar, en principio, dos posturas: por un lado trasladar el concepto civil al campo del Derecho tributario diciendo expresamente que aquél vale para éste igual que en Derecho civil, con lo cual dicho reenvío dará lugar a una interpretación civil; por otro lado, puede trasladar el concepto civil al Derecho tributario diciendo expresamente que aquél no vale en éste igual que en Derecho civil, sino que en Derecho tributario tiene otro alcance por lo que su interpretación, obviamente, será una interpretación tributaria. Lo normal, sin embargo, no es un pronunciamiento expreso del legislador tributario, sobre todo, en el segundo caso, con lo cual la labor del intérprete adquiere una capital importancia". Por otro lado, al igual que el Derecho tributario podría formular su propio concepto de "persona jurídica", también existe la posibilidad lógica, como ha señalado SAINZ DE BUJANDA, F., "La capacidad jurídica tributaria de los entes colectivos no dotados de personalidad", *Hacienda y Derecho*, vol. V, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, p. 409, de que atribuya "la consideración de sujetos pasivos del tributo a ciertas entidades colectivas no dotadas de personalidad jurídica, sin que ello traiga consigo la ruptura de los conceptos unitarios de personalidad jurídica y de capacidad jurídica". Esto es lo que sucede con el art. 33 de la LGT. Si nos referimos al ámbito subjetivo del impuesto sobre sociedades español podemos observar que, con carácter general, están sujetos al impuesto las personas jurídicas. En principio, todos los entes que tengan personalidad jurídica según el Derecho privado estarán sujetos al impuesto. Sin embargo, el IS realiza una primera delimitación que supone la exclusión de las sociedades civiles. Por lo tanto, en una primera aproximación, podría afirmarse que son sujetos del IS los entes a los que el Derecho privado reconozca personalidad jurídica, salvo las sociedades civiles. No obstante, como veremos a continuación, el concepto de persona jurídica del IS coincidiría exactamente con el del Derecho privado, en la medida en que, como ha señalado la profesora GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, M., *La tributación de la renta obtenida por las sociedades profesionales*, Colex, Madrid, 1999, pp. 29 y 30, el criterio de sujeción al impuesto sobre sociedades español "no es tanto la personalidad jurídica como la identificación de la personalidad jurídica, de forma que se garantice un conocimiento certero de la concurrencia de dicha personalidad. Sólo en los supuestos en que la personalidad jurídica de una entidad es suficientemente pública, se puede considerar sujeto pasivo del IS [...] Dicha publicidad se garantiza a través de la inscripción en un Registro público o de una declaración expresa de la Ley [...] cuando no existe inscripción, no se garantiza suficientemente la posibilidad de conocimiento por parte de los terceros interesados. En consecuencia, la consideración de sujeto pasivo del IS va ligada a la inscripción de la sociedad en un registro como mejor manera de dar a conocer la personalidad jurídica" (en los mismos términos se pronuncia BLÁZQUEZ LIDOY, A., "Sociedades irregulares y su régimen jurídico tributario: ¿pueden considerarse personas jurídicas a efectos tributarios tras la reforma mercantil de 1989?", *Impuestos*, 1998-I, p. 556. Este autor señala en la nota 77 algunos autores que sostienen que basta con tener personalidad jurídica para que se produzca la sujeción al IS, con independencia de que exista o no inscripción en un Registro público). En este sentido, como ha destacado la doctrina mercantilista (cfr. PAZ-ARES, C., en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 446 a 450), las sociedades adquieren personalidad jurídica desde el mismo momento de su constitución, por lo tanto, la inscripción en el Registro Mercantil no es un requisito constitutivo de la personalidad jurídica. Sin embargo, desde el punto de vista tributario, las sociedades mercantiles, en tanto en cuanto no se inscriban en dicho Registro, no son sujetos pasivos del impuestos español sobre sociedades. Por lo tanto, como podemos comprobar, el concepto de persona jurídica del IS no coincide exactamente con el concepto de Derecho privado. Solamente las personas jurídicas que estén inscritas en un registro público son sujetos pasivos del IS. Por otro lado, también se observa que la LIS introduce en

impuesto de sociedades existente en un Estado es un paso previo, como veremos, para tener la consideración de residente a los efectos de aplicación de los convenios de doble imposición. Por este motivo, antes de estudiar el concepto de residencia previsto en el Modelo OCDE, analizaremos brevemente cuáles son los sistemas utilizados por el Derecho internacional de sociedades para el reconocimiento de la personalidad jurídica. Como la sujeción al impuesto sobre sociedades depende del reconocimiento de la personalidad jurídica, el planificador fiscal deberá tener en cuenta estos aspectos, porque la aplicación del convenio depende de que se esté sujeto por la renta mundial obtenida en el Estado *desde* el que se pretende obtener un rendimiento³²⁰.

Existen fundamentalmente dos modelos de determinación de la *lex societatis*, el modelo de constitución y el modelo de sede real³²¹.

su ámbito subjetivo a entes no dotados de personalidad jurídica. Es el caso, por ejemplo, de los fondos de pensiones. Por último, queremos resaltar que, aunque el concepto de persona jurídica del IS introduce algunos elementos (la inscripción) que no recoge el Derecho privado, el mismo se construye fundamentalmente a partir de éste. Por lo tanto, habrá que acudir al Derecho privado para determinar qué sujetos tienen personalidad jurídica y, posteriormente, comprobar si se han inscrito. En otros ordenamientos, como el alemán, la Administración y jurisprudencia sostuvo que la Ley del impuesto sobre sociedades alemán se remitía al Derecho privado para determinar qué sujetos tienen la consideración de personas jurídicas. Así, el concepto de persona jurídica del IS alemán coincidiría con el concepto de Derecho privado. Sin embargo, algunos autores plantearon la necesidad de que el concepto de persona jurídica del IS alemán fuera un concepto autónomo. Estas críticas se originaron, fundamentalmente, para resolver el siguiente problema. Como veremos en este apartado, el modelo societario alemán es de sede real. En virtud del mismo, el Derecho de sociedades alemán no reconocería a una sociedad constituida en los Países Bajos con sede real en Alemania. En principio, si no se reconoce personalidad jurídica a dicha sociedad, no puede estar sujeta al impuesto sobre sociedades alemán. En este sentido se ha pronunciado en un primer momento la Administración y la jurisprudencia alemana. Sin embargo, tras una serie de pronunciamientos del *Bundesfinanzhof*, la posición parece haber cambiado. El concepto de persona jurídica del IS alemán es autónomo y, por lo tanto, no depende necesariamente del Derecho de sociedades. Debe afirmarse la sujeción de dichas sociedades al impuesto, por encontrarse la sede real de esa sociedad está en Alemania. También se señala que hay que examinar en que medida las características de las sociedades constituidas conforme a un Derecho extranjero, se asimilan a las sociedades alemanas. Cfr. KLUGE, V., *Das deutsche Internationale Steuerrecht*, Verlag C.H. Beck, Munich, 1992, pp. 48, 49 y 91 a 94 y VOGEL, K., *On Double...*, cit., pp. 91 y 92.

³²⁰ Cfr. EBENROTH, C.; DAIBER, C., "Dual-Resident companies under german law", *ET*, núm. 7, 1990, p. 176.

³²¹ Cfr. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE (Algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la Sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999)", *RDM*, núm. 232, 1999, pp. 647 y ss. Sobre el modelo adoptado en el Derecho de Reino Unido, Irlanda, Países Bajos, Francia, Bélgica, Alemania, Luxemburgo, Portugal, Grecia, Dinamarca e Italia véase CARO GÁNDARA, R., *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 58 a 67. En España existe un importante debate doctrinal sobre cuál de los dos modelos societarios acoge nuestro ordenamiento. Gran parte de la doctrina afirma que el modelo español es de sede real (véase BLANCO-MORALES, P., *La transferencia internacional de sede social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 87 a 120). Sin embargo, existe una importante corriente doctrinal que sostiene que el modelo español es de constitución (PAZ-ARES, C., en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso...*, cit., pp. 535 a 543).

En el modelo de constitución, la *lex societatis* es la ley del Estado conforme a cuyo Derecho se ha constituido la sociedad.³²² Este criterio de conexión es estrictamente jurídico, dado que no tiene en cuenta aspectos materiales de la sociedad como son el lugar donde se encuentra su sede de administración o su centro de explotación principal (sede real). El único aspecto que esta teoría exigiría que se encontrase en el Estado de constitución sería la sede estatutaria.

Este modelo facilita la libre circulación internacional de sociedades por dos motivos. En primer lugar, el Estado que adopta este modelo facilita el reconocimiento de sociedades extranjeras, ya que éstas se reconocerán si se han constituido válidamente conforme al Derecho escogido por los socios (*einmal annerkannt – überall annerkannt*)³²³. En segundo lugar, porque el traslado de la sede real de la sociedad a un tercer Estado no implica la nulidad o disolución de la sociedad. Se asegura, por lo tanto, la continuidad geográfica de la personalidad jurídica en el tráfico internacional³²⁴.

Sin embargo, también se han planteado una serie de objeciones a este modelo. *Su configuración posibilita la constitución de una sociedad con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado sin que sea necesario que entre éste y la sociedad exista ningún otro vínculo de naturaleza objetiva*. Ello puede traducirse en la disociación entre el “centro de gravedad” de la sociedad y el ordenamiento que la rige, particular que, como veremos, es inaceptable para el modelo de sede real³²⁵.

y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El traslado del domicilio social al extranjero: una visión facilitadora”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 16, 2001, pp. 107 a 109).

³²² Este modelo es propio de los sistemas jurídicos anglosajones. Parte de la teoría de la ficción, en el sentido de que las personas jurídicas sólo pueden ser consideradas sujetos de derecho si una norma jurídica les atribuye esta condición. El ordenamiento jurídico que le otorga a la sociedad su subjetividad es el que debe regirla. El modelo de constitución opta por una solución contractual pues, en última instancia, corresponde a las personas que crean la sociedad elegir el ordenamiento al que someterse o con arreglo al cual constituir la sociedad. Cfr. VISCHER, F., *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. III, cap. 4, Mohr Siebeck, Tubinga, 1994, p. 14, BLANCO-MORALES, P., *La transferencia...*, cit., pp. 47 y 50 y PAZ-ARES, C., en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso...*, cit., p. 537.

³²³ Cfr. FOCK, “Sitztheorie im deutschen internationalen Steuerrecht nach der Centros-Entscheidung”, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, núm. 1, 2000, p. 43.

³²⁴ Cfr. RIVIER, J., “La residencia fiscal...”, cit., p. 50.

³²⁵ Cfr. BLANCO-MORALES, P., *La transferencia...*, cit., p. 52.

También se ha señalado que este modelo incentiva la competencia entre los sistemas jurídicos “a la baja” (*race to the bottom*), en el sentido de que los Estados flexibilizarían su legislación societaria con el fin de atraer hacia su jurisdicción la constitución de sociedades³²⁶.

Por el contrario, según el modelo de sede real una sociedad sólo debe quedar sometida al Derecho del Estado *con el que de hecho mantiene una concreta y determinada relación de carácter fáctico, que se circunscribe al Estado donde radica su sede real*³²⁷.

Las consecuencias de este modelo, como señala GARCIMARTÍN, se aprecian con más claridad mirando primero *ex post* y luego *ex ante*³²⁸. Desde una perspectiva *ex post*, este modelo implica que si una sociedad no se ha constituido conforme al Derecho del Estado donde tiene su sede real, no se encuentra válidamente constituida y, en consecuencia, no se va a reconocer como tal. Desde una perspectiva *ex ante*, este modelo obliga a los socios a constituir la sociedad conforme al Derecho del Estado donde está su sede real, pues de lo contrario no va a ser reconocida.

Bajo este modelo el reconocimiento de sociedades extranjeras sólo se produce si la sociedad se ha constituido válidamente conforme al Derecho del Estado donde se encuentra su sede real³²⁹. *Cuando el Estado de constitución y Estado de sede real no*

³²⁶ Como ejemplo de este inconveniente del modelo de constitución se suele mencionar la legislación societaria del Estado de *Delaware* (EEUU) que provocó la constitución masiva de sociedades en ese Estado, debido a la flexibilidad de su legislación. Sobre el llamado “síndrome *Delaware*” véase BLANCO MORALES, P., *La transferencia...*, cit., pp. 53 a 56.

³²⁷ No existe una solución unívoca en los ordenamientos que se adscriben a este modelo (especialmente los sistemas europeos) en cuanto al elemento que determina la sede real de una sociedad. Los elementos que habitualmente se manejan hacen referencia a dos aspectos: a la administración central (toma de decisiones) o a las actividades sociales (ejecución de esas decisiones). En el primer caso, la sede real se identifica con la administración central: la sede donde se toman ordinariamente las decisiones sociales (*desde donde se administra y dirige la sociedad*). En el segundo caso, la sede real se identifica con el lugar donde la sociedad tiene su centro principal de actividades (*centro principal de explotación*). La primera solución (sede de administración central) es la defendida por la mayoría de la doctrina, aunque no se formula así en todos los ordenamientos, como el español. En cualquier caso, hay que resaltar que es un concepto predominantemente fáctico. Cfr. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La *Sitztheorie...*”, cit., p. 650 y BLANCO-MORALES, P., *La transferencia...*, cit., pp. 72 a 77.

³²⁸ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La *Sitztheorie...*”, cit., p. 650.

³²⁹ Por ejemplo, el ordenamiento alemán (que responde a este modelo) no reconocería a una sociedad constituida válidamente conforme al Derecho de Reino Unido (modelo de constitución) cuya sede real

coinciden, para el modelo de sede real la sociedad no se considera válidamente constituida; para el de constitución, en cambio, sí. Desde el punto de vista de la transferencia de la sede real a un tercer Estado, bajo la aplicación de este modelo, es inviable, dado que se produce la citada disociación. Las consecuencias de la transferencia de la sede al extranjero serían determinantes: se impondría su disolución y liquidación.

Las ventajas de este modelo son justamente el reverso de los inconvenientes del modelo de constitución. En primer lugar, la *lex societatis* viende determinada por el Derecho del Estado donde la vida de la sociedad se cristaliza (sede real). En segundo lugar, el modelo de sede real evita el fenómeno *race to the bottom* del Derecho de sociedades.

Aún así, como ha señalado la doctrina, este modelo no siempre consigue lo anterior, además de plantear ciertos inconvenientes³³⁰. Entre ellos cabe destacar, por un lado, la propia indefinición del concepto de sede real, que bascula sobre dos criterios: el lugar donde se encuentre la administración central y el lugar donde radica la explotación principal de la sociedad. Seguidamente, una vez que se ha optado por uno de los dos criterios posibles, la determinación del Estado donde se encuentra puede plantear dificultades³³¹.

La principal objeción al modelo de sede real consiste en que obstaculizaría considerablemente la libertad de circulación y establecimiento de las sociedades, dado que cuando existe disociación entre constitución y sede real la sociedad no se reconocería. Además, cualquier cambio de sede real, incluso cuando no sea intencionado, podría provocar la disolución y liquidación de la sociedad³³².

se encuentra en Alemania, habida cuenta que esa sociedad no se ha constituido conforme al Derecho del lugar donde tiene su sede real.

³³⁰ Cfr. BLANCO-MORALES, P., *La transferencia...*, cit., pp. 71 a 75.

³³¹ En este sentido, se plantea cuál es la explotación principal de una sociedad si tiene varios centros con el mismo rango o, por ejemplo, el criterio de administración central es fácilmente manipulable, ya que se puede entender que una sociedad tiene su sede real en Reino Unido si celebra allí sus Consejos de Administración, pero toda su actividad radica en un tercer Estado.

³³² Piénsese en una sociedad constituida conforme al Derecho francés con dos centros de explotación, uno en Francia y otro en España. En cuanto el centro español adquiriera mayor relevancia respecto al

Por lo que respecta al objeto del trabajo, es necesario tener en cuenta cómo afectan estos modelos societarios a los conceptos de persona y residencia previstos en el Modelo OCDE.

En principio, desde el siguiente punto de vista, no tendría efectos considerables. Piénsese en una sociedad constituida en el Estado A que adopta un modelo de constitución, con sede real en el Estado C (modelo de constitución), que obtiene rentas en el Estado B, que adopta un modelo de sede real. El Estado B no reconocería a la sociedad constituida en el Estado A porque no coincide el Estado de constitución con el Estado donde se ubica su sede real. No obstante, esa sociedad no dejaría de tener la consideración de persona en el sentido del Modelo OCDE, siempre y cuando tribute por la renta mundial obtenida en el Estado A, lo que es muy probable, ya que la constitución conforme a las leyes de un Estado es un criterio que suele determinar la sujeción por la renta mundial obtenida en un Estado³³³.

No obstante, este modelo puede plantear inconvenientes en el siguiente caso. Tomando en cuenta las estructuras *treaty shopping*, cuando el modelo societario de un Estado es de sede real, será más difícil lograr la aplicación de los convenios celebrados por ese Estado a través de la mera constitución de una sociedad.

En principio, sólo son sujetos pasivos de los impuestos sobre sociedades las personas jurídicas, de ahí que, el reconocimiento de la personalidad jurídica sea un requisito previo para encontrarse dentro del ámbito del impuesto³³⁴. Según el modelo

francés, una aplicación estricta del modelo de sede real obligaría a dejar de reconocer personalidad jurídica a esa sociedad.

³³³ Otra cosa es que este criterio se admita por el Modelo OCDE, particular que se analizará en el apartado siguiente, al estudiar el concepto de residencia.

³³⁴ Cfr. EBENROTH, C.; DAIBER, C., "Dual-Resident...", *cit.*, 176. Como señalan estos autores, en Alemania será difícil establecer una sociedad con doble residencia. La doble residencia de una sociedad se produce normalmente porque la sede de dirección se encuentra en un Estado distinto al que se ha constituido. La sociedad tendrá la consideración de residente en el primer Estado en virtud de un criterio material (sede de dirección) y en el segundo Estado como consecuencia de un criterio formal, la constitución. Como en los Estados con un modelo de sede real ambos aspectos tienen que coincidir, el Estado alemán no reconocería personalidad jurídica a la sociedad. En el ámbito tributario, la sociedad no estaría sujeta al impuesto sobre sociedades, porque no tiene personalidad jurídica. FROMMEL, S., "The Real Seat Doctrine and Dual-Resident Companies under German Law: Another View", *ET*, núm. 10, 1989, pp. 267 a 274, sostiene que sí es posible la existencia de sociedades doblemente residentes en

de sede real, sólo se reconoce personalidad jurídica si la sociedad se constituye de acuerdo con sus normas y fija en su territorio la sede real. De esta forma, no valdría en la estructura *treaty shopping* la mera constitución de una sociedad, porque ese Estado exige, además, el requisito de la sede real. Si no se tiene la condición de persona jurídica, tampoco se estará sujeto al impuesto sobre sociedades, que es un requisito indispensable para que pueda considerarse residente a los efectos de aplicación de los convenios de doble imposición.

Tampoco se puede resolver el supuesto anterior transfiriendo la sede real de un tercer Estado al Estado anteriormente referido³³⁵. Este último tampoco reconocerá personalidad jurídica a la sociedad, debido a que no coincidiría el lugar de la sede real con el Estado de constitución. Ello obligará a la sociedad migrante a disolverse y constituirse de conformidad con las leyes de ese Estado.

En consecuencia, los Estados con un modelo de sede real son menos aptos para canalizar estructuras *treaty shopping*, porque la consideración como residente a los efectos de aplicación de los convenios de doble imposición es más difícil de conseguir. Y ello se debe, precisamente, a que para estar sujeto por la renta mundial obtenida, primero debe reconocerse su personalidad jurídica, particular que el modelo de sede real pasa porque coincidan en ese Estado la sede real y la constitución conforme a sus leyes. Por este motivo, *normalmente los Estados utilizados para estas estructuras responden a un modelo de constitución* (Países Bajos, Reino Unido), *habida cuenta que al no exigir ningún vínculo material con el Estado de constitución se facilita sensiblemente el desarrollo de la estructura*.

Finalmente, hay que mencionar que el modelo de sede real está sujeto a revisión dentro de la Unión Europea, precisamente por los efectos adversos que

Alemania. No obstante, de la lectura del trabajo se desprende que la sujeción al impuesto depende del reconocimiento de la personalidad jurídica. Para mantener la primera afirmación, su argumentación se dirige a flexibilizar las consecuencias del modelo de sede real. Quizás el argumento más correcto para justificar la sujeción al impuesto alemán sobre sociedades hubiera sido, como se indicó en la nota 319, que el concepto tributario de persona jurídica no coincide con el concepto del Derecho privado.

³³⁵ Piénsese en una sociedad constituida conforme al Derecho inglés (modelo de constitución) que quiere obtener los rendimientos percibidos en EEUU desde Alemania (modelo de sede real). A tal efecto transferirá su sede real a Alemania, con el fin de estar allí sujeta al impuesto sobre sociedades alemán y poder así obtener la aplicación del convenio celebrado entre EEUU y Alemania.

provoca sobre la libre circulación y establecimiento de sociedades (art. 43 y ss. TCE). En este sentido, tras la sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1999, *Centros*, C-212/97, la doctrina es prácticamente unánime en el sentido de que un Estado, bajo el argumento de que su ordenamiento responde al modelo de sede real, no puede dejar de reconocer a una sociedad constituida conforme al Derecho de un Estado miembro, cuando el Estado de constitución no coincide con el de sede real³³⁶. Ahora bien, en sintonía con el art. 48 del TCE, *sólo existe esa obligación cuando la sede real, entendida como sede de dirección o centro principal de explotación, se encuentra dentro del territorio de la Comunidad*³³⁷.

No obstante, es difícil de determinar cuál es el concreto alcance de este pronunciamiento en cuanto a la compatibilidad del modelo de sede real con el Derecho comunitario. Lo que parece claro es que un Estado con modelo de sede real tiene la obligación de reconocer a aquellas sociedades constituidas válidamente conforme al

³³⁶ También hay que destacar las conclusiones presentadas el 4 de diciembre de 2001 por el Abogado General en el asunto *Überseering* C-208/00 (todavía no hay sentencia). Se trata de una sociedad constituida conforme al Derecho holandés que es propietaria de un gran edificio de aparcamiento y motel situado en Alemania. En 1995 cambió el accionariado de esta sociedad. Asimismo, desde esa fecha la sede de administración efectiva también se situó en Alemania. En 1996 dicha sociedad demanda en Alemania a otra entidad por los problemas derivados de una relación contractual. El órgano judicial que conoció del asunto no admitió la demanda porque el demandante carecía de capacidad procesal, ya que esta sociedad, para el Derecho alemán, había dejado de estar válidamente constituida en el momento de trasladar a Alemania su sede real. A partir de ese momento, para poder participar en el tráfico jurídico debería haberse disuelto y haber vuelto a constituirse de un modo que le permita adquirir capacidad jurídica conforme al Derecho alemán. El Abogado General se pronuncia en términos muy cautelosos, poniendo de relieve que el Derecho comunitario no impone al Derecho de sociedades de los Estados miembros ninguno de los modelos posibles (constitución o sede real). Sin embargo, señala que ambos modelos deben respetar las obligaciones derivadas del Derecho comunitario. En este sentido, concluye que es contrario al Derecho comunitario una normativa nacional, como la alemana, que conduce a la denegación de la legitimación procesal activa de una sociedad constituida válidamente con arreglo al Derecho de un Estado miembro cuya sede de administración efectiva ha sido trasladada a otro Estado miembro. Como se puede comprobar, aunque las conclusiones del Abogado General no afirman la incompatibilidad del modelo de sede real *in totum* con el Derecho comunitario, sí sostienen la incompatibilidad de una de las consecuencias de dicho modelo.

³³⁷ Señala GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La sentencia *Centros*: el *status quaestionis* un año después", *NUE*, núm. 195, 2001, pp.82 y 83 que para beneficiarse de la libertad de establecimiento según el art. 48 TCE "es suficiente con que la sociedad se haya constituido conforme al Derecho de un Estado miembro y, además, que tenga su sede estatutaria, administración central o centro principal de actividades dentro de la Comunidad. Pero ni toma como único elemento relevante la sede real, ni requiere que esa administración central (o ese establecimiento principal) se localice en el mismo Estado conforme a cuyo Derecho se ha constituido la sociedad, bastaría con que se localice dentro de la Comunidad [...] esto presupone que debe reconocérsele su existencia. El art. 48 TCE establecería así un principio de reconocimiento mutuo o recíproco de las sociedades. Y este principio es incompatible con las consecuencias del modelo de *Sitztheorie*". En este sentido, FROMMEL, S., "EEC Companies and migration: a set-back for Europe?", *Intertax*, núm. 12, 1988, p. 412

Derecho de un Estado miembro, siempre que su sede real se encuentre dentro de la Comunidad³³⁸. Esto tiene efectos, por ejemplo, cuando una sociedad constituida en un Estado con un modelo de constitución traslada su sede real a un Estado con modelo de sede real, este Estado no puede dejar de reconocer esa sociedad. Otra cosa es si el Derecho comunitario impide al Estado donde se ubica la sede real aplicar su legislación a esa sociedad o si, por el contrario, la *lex societatis* sigue siendo la del Estado de constitución.

No procede aquí resolver estas cuestiones, dada la naturaleza de este trabajo³³⁹. Baste con señalar que la sentencia *Centros* ha puesto en duda la validez del modelo de sede real cuando el Derecho comunitario es aplicable. Respecto al objeto del trabajo, la sentencia *Centros* resuelve algunas de las dificultades que plantea el modelo de sede real para el reconocimiento de la personalidad jurídica, que es el paso previo para ser sujeto pasivo de los impuestos sobre sociedades y, por ende, residente a los efectos de un convenio de doble imposición³⁴⁰. Aún así, hay que señalar que el Derecho comunitario impone que la sociedad tenga un vínculo material efectivo con la Comunidad, lo que garantiza que no se beneficien de la libertad de establecimiento sociedades que no mantienen vínculo material alguno con la Comunidad. El Derecho

³³⁸ Sería el caso de una sociedad constituida en Reino Unido (modelo de constitución) con sede real en Holanda (modelo de constitución) que obtiene rentas en Alemania (modelo de sede real). Alemania tiene la obligación de reconocer esa sociedad. Sin embargo, en el caso de que el Estado de constitución tuviera también un modelo de sede real (Francia, por ejemplo), Alemania no tendría la obligación de reconocer esa sociedad, si la sede real está establecida en un tercer Estado, ya que no puede entenderse válidamente constituida en Francia, habida cuenta que ese Estado exige la concurrencia en el mismo Estado de ambos elementos. No obstante, como señala GARCIMARTÍN, "La sentencia...", *cit.*, p. 91, la cuestión no es tan clara, porque las prohibiciones a la libertad de establecimiento afectan no sólo a las prohibiciones de entrada, sino también a las de salida. El art. 43 TCE también prohíbe que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación y que responda a la definición del art. 48 TCE. Si esto es así, como señala este autor, desde la perspectiva del Estado de destino imponer un cambio de *lex societatis* cada vez que la sociedad quiera establecerse a título principal en otro Estado resulta un obstáculo desproporcionado al ejercicio de dicha libertad, igual debe de serlo desde la perspectiva del Estado de origen.

³³⁹ Sobre ello véase la bibliografía que cita GARCIMARTÍN, "La sentencia...", *cit.*, en la nota núm. 4, SÁNCHEZ LORENZO, S., "El Derecho europeo de sociedades y la sentencia *Centros*: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario", *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo 0, 2000, pp. 115 a 157, WERLAUFF, E., "The Consequences of the *Centros* Decision: Ends and Means in the Protection of Public Interests", *ET*, núm. 12, 2000, pp. 542 a 545, ROTH, W., "Case Law: Court of Justice. Case C-212/97 *Centros*", *CMLR*, núm. 37, 2000, pp. 147 a 155, SANCHO VILLA, D., "La teoría de la sede y el Derecho comunitario: a propósito de la sentencia *Centros*", *RJUAM*, núm. 4, 2001, pp. 203 a 210 y los trabajos citados de GARCIMARTÍN.

³⁴⁰ *Cfr.* FOCK, "Sitztheorie...", *cit.*, p. 52.

comunitario flexibiliza el requisito de que concurran en un mismo Estado constitución y sede, aspecto perfectamente lógico desde el punto de vista de la materialización de la libertad de circulación y establecimiento en el territorio comunitario³⁴¹.

B) El concepto de residencia

Para tener la consideración de residente es necesario estar sujeto en un Estado por la renta mundial obtenida. Cualquier otro criterio de la legislación de un Estado que no determine ese grado de sujeción (sujeción plena) es insuficiente para tener la condición de residente en el sentido del art. 4 del Modelo OCDE, aunque la legislación del Estado nominalmente le atribuya la consideración de residente³⁴². De ahí que el propio art. 4 del Modelo señale que la expresión “residente de un Estado contratante [...] no incluye a las personas que estén sujetas exclusivamente por la renta que obtengan procedentes de fuentes situadas en el citado Estado”³⁴³.

Este criterio es, en principio, conforme con la finalidad de los convenios. Como vimos en la primera parte del trabajo, éstos están destinados a solucionar el conflicto arquetípico de doble imposición: la yuxtaposición de la obligación real de contribuir con la obligación personal de contribuir. En virtud del convenio, el Estado

³⁴¹ Para evitar los problemas que plantean las divergencias existentes entre las legislaciones societarias de los Estados miembros de la Comunidad, se ha aprobado recientemente el Reglamento 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea. Para una primera aproximación véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 217, 2002, pp. 7 a 38). También existe un proyecto de Convenio sobre transferencia internacional de sede social y un Convenio de 1969, que todavía no ha entrado en vigor, sobre reconocimiento mutuo de sociedades y demás personas jurídicas (sobre ello véase FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; CALVO CARAVACA, A., *Derecho mercantil internacional*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 90 a 97).

³⁴² Cfr. DEL ARCO RUETE, L., *Doble imposición...*, cit., p. 58, SHANNON, H., “The general definition of residence under United States income tax treaties”, *Intertax*, núm. 8/9, 1988, p. 206, ALI, *International...*, cit., p. 127, BROOD, E., “Estudio comparativo de los Tratados para evitar la doble imposición firmados por España desde la perspectiva de la planificación fiscal”, *Impuestos*, 1993-II, p. 137, RIVIER, J., “La residencia...”, cit., p. 113, VOGEL, K., *On Double...*, cit., p. 229, CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional en los convenios...*, cit., p. 62, MARINO, G., *La residenza nel Diritto Tributario*, CEDAM, Padova, 1999, pp. 197 y 198 y PALAO TABOADA, C., “La aplicación...”, cit., p. 61.

³⁴³ De ahí que la consulta de la DGT de 29 de febrero de 2000 (en *Normacef fiscal*) señale que para que el convenio con Alemania sea aplicable el contribuyente debe aportar un certificado de residencia que acredite, además de la residencia en Alemania, que está sujeto a imposición en dicho Estado por razón de su domicilio o residencia, *lo que implica estar sometidas a imposición en Alemania por su renta mundial y no solamente por las rentas obtenidas en Alemania*. En este sentido, también, véanse las consultas de 26 de mayo de 1998 y 1 de junio de 1998 (todas en *Normacef fiscal*).

de la fuente limita el gravamen establecido por su legislación, para eliminar o reducir la doble imposición. Correlativamente, el Estado de residencia elimina la doble imposición a través del método de exención o de imputación cuando el convenio autoriza al Estado de la fuente, limitada o ilimitadamente, el establecimiento de un gravamen sobre los rendimientos obtenidos en su territorio.

La configuración del sistema parte del presupuesto de que el sujeto que obtiene el rendimiento en la fuente está sujeto por obligación personal de contribuir en el otro Estado. Igualmente, cuando el Estado de residencia aplica las medidas previstas en el convenio para eliminar la doble imposición, parte también del presupuesto de que el Estado de la fuente sujetó a gravamen la renta obtenida³⁴⁴.

No obstante, la exigencia de que exista *sujeción por la renta mundial obtenida* solamente se establece en abstracto, sin requerir que, de hecho, se produzca efectivamente el gravamen³⁴⁵. En algunos convenios se establecen cláusulas de sujeción efectiva (*subject to tax clauses*), con el fin de que el Estado de la fuente sólo aplique la limitación del convenio si el rendimiento es gravado efectivamente en residencia, o bien que el Estado de residencia sólo aplique el método de exención si se produce efectivamente tributación en la fuente³⁴⁶. No obstante, estas cláusulas no son

³⁴⁴ Ello se aprecia especialmente en el método de imputación. Como señala CALDERÓN, *La doble imposición y los métodos...*, cit., p. 194, "se requiere la efectiva exacción del impuesto extranjero por el país de la fuente [...] para que el Estado que yuxtapone su gravamen sobre el mismo hecho imponible permita al contribuyente la aplicación de esta técnica". No ocurre lo mismo cuando se utiliza el método de exención. No siempre se establece la obligación de que efectivamente haya estado sujeta a tributación en el Estado de la fuente (CALDERÓN, p. 152).

³⁴⁵ Cfr. ALI, *International...*, cit., p. 128 y VOGEL, K., *On Double...*, cit., pp. 229 y 364. De esta forma, en una estructura *stepping stone*, aunque la sociedad transforme en gastos todos los ingresos percibidos, sin que se produzca materialmente tributación, no perdería la condición de residente.

³⁴⁶ Cfr. VOGEL, K., *On Double...*, cit., pp. 364 y 365. Algunos convenios incluyen cláusulas de imputación de impuestos ficticios (*tax sparing/matching credit*). Como señala CALDERÓN, *La doble imposición internacional y los métodos...*, cit., pp. 220 y 221, el método de imputación, al exigir la tributación efectiva en la fuente, puede tener consecuencias cuestionables desde un punto de vista del reparto solidario de la riqueza a nivel internacional. "Ello podría acontecer, por ejemplo, cuando una exención o bonificación en la fuente concedida por un país en vías de desarrollo en orden a incentivar la inversión en su territorio, es anulada en la residencia merced a este condicionante del método de imputación, de suerte que el sacrificio recaudatorio que realiza el país en orden a fomentar su desarrollo es absorbido por la Hacienda Pública del país de residencia del contribuyente" (en este sentido, también, WATTEL, P., "Home Neutrality in an Internal Market", *ET*, núm. 5, 1996, p. 159). Por este motivo, puede parecer razonable, atendiendo a las circunstancias de un Estado en particular, permitir la imputación en el Estado de residencia del impuesto que se habría pagado en la fuente de no haber existido ese beneficio fiscal. No obstante, la inclusión de este tipo de cláusulas en los convenios está sujeta a revisión, especialmente a partir del informe de la OCDE *Tax Sparing: A Reconsideration*

frecuentes en los convenios³⁴⁷. Igualmente, tampoco el Modelo OCDE contempla una cláusula de sujeción y no exención similar a la que prevé la directiva comunitaria 90/435/CEE en materia de matrices y filiales, para impedir que los contribuyentes formalmente sujetos al impuesto pero exentos de tributación se beneficien del convenio³⁴⁸.

Por lo tanto, uno de los presupuestos sobre el que se asienta el concepto de residencia (*gravamen por la renta mundial obtenida*), no requiere por sí mismo que efectivamente los rendimientos obtenidos en la fuente tributen en el Estado de residencia. Esta circunstancia puede explicarse porque el concepto de residencia no se configura solamente en atención a ese parámetro, sino también *sobre el hecho de que las personas sujetas por la renta mundial obtenida guardan un vínculo fijo y estable con el Estado de residencia*³⁴⁹.

Esta “presunción” se desprende de los criterios que determinan la sujeción por la renta mundial obtenida en un Estado. En este sentido, el art. 4 del Modelo OCDE señala que la expresión residente de un Estado contratante “significa toda persona sujeta a imposición en él *por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga*”. Los criterios que enuncia

(OECD, Paris, 1998). Este informe pone en duda que estas medidas consigan materializar el fin al que están destinadas. Además, el informe indica que estas cláusulas pueden facilitar el abuso de los convenios de doble imposición. Nótese que en una estructura *treaty shopping* el impuesto en el Estado intermedio podría evitarse a través de una de estas cláusulas. Cfr. OWENS, J.; FENSBY, T., “Is There a Need to Re-Evaluate Tax Sparing?”, *ET*, núm. 5/6, 1998, pp. 152 y ss.

³⁴⁷ Como señala LANG, M., *The Application...*, cit., p. 38, el Modelo OCDE no contiene una cláusula general de sujeción efectiva de las rentas obtenidas. No obstante, los convenios celebrados por Alemania suelen contener este tipo de cláusulas. Sobre ello LAMPE, M., “General Subject-To-Tax Clauses in Recent Tax Treaties”, *ET*, núm. 4/5, 1999, pp. 183 a 189.

³⁴⁸ No obstante, hay que tener en cuenta que los Comentarios al art. 4 del Modelo OCDE dicen que no se tiene la consideración de residente cuando se trata de “sociedades de propiedad extranjera exentas de impuestos respecto de las rentas extranjeras, en aplicación de privilegios diseñados para atraer sociedades de tránsito. Esto conlleva, sin embargo, dificultades y limitaciones”. En el fondo, late la intención de introducir una cláusula de sujeción y no exención. Sin embargo, los términos tan imprecisos en los que se pronuncian los Comentarios, muestran las dudas que los mismos tienen sobre la posibilidad de exigir este requisito –la no exención– al no estar expresamente previsto. VOGEL, “Tax Treaty News”, *BIFD*, núm. 3, 2001, pp. 91 y 92, cita varias resoluciones de la Administración tributaria americana que confirman que basta con estar formalmente sujeto a tributación en un Estado por la renta mundial obtenida para cumplir el requisito convencional de la residencia.

³⁴⁹ Cfr. DEL ARCO RUETE, *Doble imposición...*, cit., p. 32.

expresamente el Modelo demuestran, al menos aparentemente, un vínculo fáctico con el territorio del Estado de residencia³⁵⁰.

Por este motivo se explica que el art. 4 del Modelo OCDE no haga mención expresa a otros criterios de sujeción, como la nacionalidad de las personas físicas o el correlativo en las personas jurídicas, el lugar de constitución de la sociedad (*place of incorporation*)³⁵¹. Por lo tanto, en una primera aproximación, cualquier criterio que en virtud de la legislación interna suponga la sujeción por la renta mundial obtenida no es suficiente para tener la consideración de residente a los efectos de aplicación del convenio. Solamente si el criterio interno de sujeción por la renta mundial obtenida es alguno de los mencionados en el Modelo, se adquirirá la condición de residente a los efectos del convenio.

*Estos criterios (nacionalidad y constitución), aunque determinen la sujeción por la renta mundial obtenida en un Estado, no son válidos para tener la consideración de residente en los convenios que siguen el Modelo OCDE*³⁵². Estos criterios, como ha señalado la doctrina, tampoco tendrían cabida bajo el inciso final del apartado primero del art. 4 del Modelo, "cualquier otro criterio de naturaleza análoga"³⁵³. Una interpretación sistemática del art. 4 del Modelo exige que cualquier otro criterio *tenga en consideración elementos fácticos* que vinculen al sujeto con el

³⁵⁰ Cfr. SHANNON, H., "The general...", *cit.*, p. 206.

³⁵¹ Cfr. SHANNON, H., "The general...", *cit.*, p. 207 y VOGEL, K., *On Double...*, *cit.*, p. 233. VOGEL parece señalar que sí tendría cabida dentro del art. 4 del Modelo OCDE el criterio de la sede estatutaria. En nuestra opinión, solamente tendría cabida si la legislación del Estado exige que coincidan la sede estatutaria y la sede real de la sociedad. No podría servir este punto de conexión en Estados en que no es exigible ese requisito (por ejemplo, en los Estados con un modelo societario de constitución), porque se trataría de un vínculo meramente formal y no fáctico. Consideramos que esta debe ser también la interpretación de VOGEL, porque se refiere al ordenamiento alemán y, precisamente, la legislación societaria alemana requiere que la sede estatutaria coincida con uno de los centros de explotación de la sociedad o bien con el centro de administración. Cfr. CARO GÁNDARA, R., *La competencia...*, *cit.*, p. 63, nota 112.

³⁵² Así, por ejemplo, una sociedad constituida conforme al Derecho español estaría sujeta por obligación personal de contribuir al Impuesto sobre Sociedades. No obstante, si sólo el criterio de la constitución es el que determina la sujeción por obligación personal, y no cualquier otro como el domicilio o la sede de dirección efectiva, esa sociedad no se consideraría residente a los efectos de los convenios de doble imposición celebrados por España redactados en términos análogos al art. 4 del Modelo OCDE.

³⁵³ Cfr. SHANNON, H., "The general...", *cit.*, pp. 206 a 207, VOGEL, K., *On Double...*, *cit.*, p. 233 y MARINO, G., *La residenza...*, *cit.*, p. 199.

territorio. La nacionalidad y el lugar de constitución no pueden considerarse criterios análogos, porque describen un vínculo de carácter meramente jurídico³⁵⁴.

No obstante, la opinión al respecto no es unánime³⁵⁵. La cuestión depende de cómo se quiera construir el concepto. Si el concepto se construye exclusivamente a partir de la sujeción por la renta mundial obtenida, cualquier criterio de conexión utilizado por la legislación del Estado que establezca tal grado de extensión de la sujeción al tributo, es válido para ser considerado residente a los efectos de aplicación del convenio. Sin embargo, si además se atiende a la naturaleza del criterio que determina la sujeción, una interpretación sistemática del art. 4 del Modelo OCDE exigiría que ese criterio se exprese en atención a elementos fácticos.

El concepto de residencia que parece derivarse del Modelo OCDE, dificulta la realización de estructuras *treaty shopping*. El planificador debe dotar al vehículo jurídico utilizado con los elementos fácticos necesarios para que la sujeción por la renta mundial se produzca por un criterio admitido por el art. 4 del Modelo OCDE. En este sentido, la mera constitución de la sociedad conforme a las leyes del Estado, aunque en el ámbito interno suponga la sujeción por la renta mundial obtenida, no es suficiente para situarse dentro del ámbito de aplicación del convenio.

³⁵⁴ Cfr. SHANNON, H., "The general...", *cit.*, pp. 206 a 207, VOGEL, K., *On Double...*, *cit.*, p. 94 y BAYONA DE PEROGORDO, J.J.; SOLER ROCH, M.T., *Derecho Financiero*, *cit.*, p. 429. Los Comentarios al art. 4.3 del Modelo (párrafo 22) dicen que el criterio del lugar de constitución no es adecuado para resolver las situaciones de doble residencia de personas jurídicas porque es un criterio puramente formal. EEUU y Canadá han formulado una reserva al Modelo para que este criterio sea la norma de conflicto en supuestos de doble residencia. Ahora bien, podría sostenerse que ese criterio es válido si el Estado de la residencia tiene un modelo societario de sede real. Como vimos en el apartado anterior, este modelo exige que el lugar de constitución y de la sede real coincida en el mismo Estado. La constitución conforme a sus leyes implica también que allí esté situada su sede real. No obstante, probablemente la sociedad también estaría sujeta al impuesto sobre sociedades por tener allí su sede real, criterio que sí tiene cabida en el art. 4.1 del Modelo OCDE.

³⁵⁵ Cfr. RIVIER, J., "La residencia...", *cit.* p. 135 y VAN RAAD, K., "The Netherlands...", *cit.*, p. 243. Es más, del hecho de que el Modelo OCDE descarta este criterio para romper los supuestos de doble residencia, podría deducirse que, al menos, se admite para considerar a una sociedad residente a los efectos del convenio. Otra cosa es que, en casos de doble residencia, ese punto de conexión ceda ante el criterio de la sede de dirección efectiva. No obstante, una interpretación sistemática del art. 4 del Modelo descarta su admisibilidad, por tratarse de un vínculo meramente jurídico. Los supuestos de doble residencia en materia de personas jurídicas se producen cuando dos Estados mantienen interpretaciones distintas del concepto de sede de dirección efectiva o utilizan el criterio del domicilio social. Técnicamente, bajo el Modelo OCDE, no hay un supuesto de doble residencia cuando una sociedad esta sujeta a imposición en un Estado en virtud del criterio de la sede de dirección efectiva y en otro por el criterio de lugar de constitución.

Desde esta óptica, el propio concepto convencional de residencia (art. 4 Modelo OCDE) constituye un instrumento eficaz para luchar contra algunas estructuras *treaty shopping*, sin necesidad de acudir a mecanismos como la aplicación de las normas internas contra el fraude a la ley tributaria³⁵⁶. Nótese que aquí ni siquiera se cumple el presupuesto de hecho de la norma de cobertura³⁵⁷.

El concepto de residencia, sin embargo, no es suficiente para resolver todos los problemas que plantean estas estructuras. El hecho de que el ente utilizado esté sujeto en el Estado intermedio por un criterio de sujeción admitido bajo el art. 4 del Modelo, no excluye la posibilidad de que se produzcan estas estructuras. Es posible que la sociedad tenga su domicilio en ese Estado, o bien su sede de dirección efectiva, sin que exista un grado de integración suficiente en el territorio, que es el parámetro que señalamos para juzgar la licitud o ilicitud de la estructura desde la óptica del fraude a la ley tributaria³⁵⁸.

Por otro lado, aunque el criterio del lugar de constitución no tiene amparo en el Modelo OCDE, eso no quiere decir que no se aplique efectivamente. Para ello es preciso observar un fenómeno singular respecto a los criterios de sujeción utilizados por los Estados.

Con carácter general, los Estados no utilizan el criterio de la nacionalidad para sujetar a las personas físicas por la renta mundial obtenida. No sucede lo mismo respecto a las personas jurídicas. *El criterio de la constitución se utiliza por la mayoría de las legislaciones nacionales*. El hecho de que generalmente se admita este criterio en las legislaciones estatales, constituye un dato relevante que podría llevar a

³⁵⁶ Cfr. CARMONA FERNÁNDEZ, N., "Medidas antielusión fiscal: medidas antiabuso en los convenios sobre doble imposición", en SERRANO ANTÓN, F. (coord.), *Fiscalidad internacional*, CEF, Madrid, 2001, p. 162.

³⁵⁷ Este concepto excluye de la aplicación del convenio las llamadas *letter-box companies*. Se trata de sociedades que sólo existen en el plano jurídico y carecen de cualquier vínculo material con el Estado de creación. Cfr. HUISKAMP, J.; BRACEWELL-MILNES, B.; WISSELINK, M., *International...*, cit., p. 52.

³⁵⁸ Así, por ejemplo, contratando con un sujeto residente en ese Estado para que se encargue de la dirección y administración de la actividad de la sociedad. Cfr. VOGEL, K., *On Double...*, cit., pp. 263 a 264.

sostener su inclusión dentro de los “criterios análogos” del art. 4 del Modelo OCDE. En este sentido, hay que tener en cuenta que un *gran número de convenios han incluido expresamente el criterio de la constitución*. Esta circunstancia hace desaparecer de plano las dudas que podrían plantearse sobre su admisibilidad, aunque solamente en los convenios que expresamente prevén este criterio³⁵⁹.

Sobre esto último, tienen especial importancia los convenios de doble imposición celebrados por EEUU que, como sabemos, es en los que con mayor intensidad se han desarrollado las estructuras *treaty shopping* y, por añadidura, la inclusión de las cláusulas de limitación de beneficios. El Modelo EEUU de 1996, y sus versiones anteriores, contemplan expresamente el criterio de la constitución³⁶⁰. Ello se explica porque la legislación americana solamente utiliza este criterio para sujetar a las personas jurídicas por la renta mundial obtenida³⁶¹. En estos convenios, de entender que añaden un supuesto no admitido bajo el art. 4 del Modelo OCDE, *el concepto convencional de residencia solamente bascularía sobre el hecho de que el criterio de la legislación interna del Estado establezca la sujeción por la renta mundial obtenida*, con independencia de la naturaleza de dicho criterio³⁶².

Este concepto convencional de residencia, sin lugar a dudas, facilita sensiblemente el desarrollo de estructuras *treaty shopping* porque solamente se establece en consideración de elementos formales que no garantizan, *a priori*,

³⁵⁹ Otra cosa es que no tenga efecto material alguno en los Estados con un modelo de sede real puro, porque sólo se reconoce personalidad jurídica a la sociedad si también se encuentra en ese Estado la sede real. No obstante, lo más probable es que en esos Estados también pueda sostenerse que la sociedad se encuentra sujeta a tributación por la renta mundial obtenida, en virtud de otro criterio, como es la sede real, criterio que si revela una conexión de carácter fáctico.

³⁶⁰ Cfr. DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *The 1996...*, cit., pp. 28 y 29. También incluyen expresamente el concepto de nacionalidad de las personas físicas.

³⁶¹ Cfr. RIVIER, J., “La residencia...”, cit., p. 125 y VOGEL, K., *On Double...*, cit., p. 235. Respecto a las personas físicas, también se utiliza el criterio de la nacionalidad, aunque no es exclusivo. Junto a los ciudadanos americanos se encuentran también sujetos por la renta mundial obtenida los residentes permanentes, que son los poseedores de un permiso de residencia (“carta verde”) y los que su presencia física en EEUU es lo suficientemente amplia como para entender que es *substancial*. Sobre ello DE LA VILLA GIL, J.M., “Residencia y ciudadanía: su tratamiento y repercusiones jurídicas”, en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *Estudios sobre el convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición*, GF, Madrid, 1991, pp. 153 a 156 y CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, cit., nota 83, con amplia bibliografía.

³⁶² Cfr. SHANNON, H., “The general...”, cit., p. 207.

presencia alguna en el Estado de residencia³⁶³. En este sentido, hay que resaltar lo paradójica que resulta la posición de los EEUU. Por una parte, es el principal impulsor de la inclusión del criterio del lugar de constitución en los convenios pero, por otra, también es el principal impulsor de la inclusión de cláusulas de limitación de beneficios. Estas cláusulas tienen por finalidad, precisamente, reforzar el criterio de residencia, para corregir las consecuencias producidas por un punto de conexión excesivamente formal.

En suma, desde el punto de vista del concepto convencional de residencia, existen dos grupos claramente diferenciados de convenios. En primer lugar, se encuentran los convenios que siguen el art. 4 del Modelo OCDE. En estos convenios, el concepto de residencia se construye no solamente en torno a la sujeción por la renta mundial obtenida en un Estado, sino también por la naturaleza del criterio de sujeción. En este concepto no tendría cabida el criterio del lugar de constitución, porque el vínculo con el Estado de residencia es meramente jurídico y no de carácter fáctico. En estos convenios la correcta aplicación del concepto convencional de residencia constituye un instrumento importante, aunque no suficiente, para denegar la aplicación del convenio en determinados supuestos de *treaty shopping*.

En segundo término, se encuentran los convenios que incluyen el criterio del lugar de constitución. El concepto convencional de residencia se construye exclusivamente por referencia a la sujeción por la renta mundial obtenida. Esta formulación no permite siquiera denegar los beneficios del convenio a las estructuras *treaty shopping* más burdas. Es más, favorece su realización. Las personas jurídicas, a diferencia de las personas físicas, gozan de amplias posibilidades de creación, establecimiento y traslado, lo que les permite constituirse en, o desplazarse al Estado con el convenio más beneficioso³⁶⁴. Esta característica explica también que las

³⁶³ Salvo que el Estado intermedio utilizado tenga un modelo societario de sede real, lo que garantiza, aunque pueda no ser suficiente, un grado de conexión con el territorio mayor que el meramente formal.

³⁶⁴ Cfr. ROSEMBLOOM, H., "Tax Treaty Abuse...", *cit.*, pp. 810 y 811, GRUNDY, M., *The World...*, *cit.*, p. 27 y ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., "La técnica tributaria en el convenio con Estados Unidos", en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *Estudios sobre el convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición*, GF, Madrid, 1991, p. 142. Señala el profesor RAMALLO, "La directiva...", *cit.*, p. 12, que "los elementos personales de las relaciones internacionales no van a ser fundamentalmente las personas físicas sino las personas jurídicas. Los

cláusulas de limitación de beneficios se apliquen esencialmente a las personas jurídicas, dado que estas son las que pueden obtener con mayor facilidad, por su movilidad, la residencia en un Estado a los efectos de aplicar el convenio de doble imposición.

En este sentido, una opción para resolver las consecuencias que provocan estas conductas, es modificar el concepto de residencia, definiéndolo en términos análogos al Modelo OCDE. Sin embargo, esta opción no se ha materializado en los convenios celebrados por EEUU³⁶⁵. La solución ha pasado por introducir normas adicionales, las cláusulas de limitación de beneficios, para garantizar que los beneficios del convenio solamente se aplican a aquellos sujetos que tienen un vínculo suficiente con el territorio del Estado de residencia o, por lo menos, tienen motivos económicos válidos para obtener desde ese Estado los rendimientos generados en la fuente.

En cualquier caso, el contribuyente deberá estar sujeto a tributación por la renta mundial obtenida; de no ser así, se admita o no el criterio del lugar de constitución, no podría ser considerado residente a los efectos de aplicación del convenio.

II.B.2.- El concepto de beneficiario efectivo

A) La regulación de los dividendos, intereses y cánones en el Modelo OCDE

El Modelo de la OCDE de 1977 introdujo en los artículos 10, 11 y 12 el concepto de beneficiario efectivo³⁶⁶. Posteriormente, las sucesivas versiones del

problemas no van a surgir tanto porque una determinada persona física invierta su capital en una sociedad de un país distinto al de su residencia, cuanto porque las relaciones de exportación o importación de capitales se van a realizar entre entidades y personas jurídicas, las cuales en muchas ocasiones van a crear en el país de destino de la inversión un clon de su propia empresa, y, en cualquier caso, van a utilizar las más diversas formas de relación económica directa o indirecta”.

³⁶⁵ Esta alternativa puede formularse de otra manera para que se acepte en EEUU. Los convenios admitirían el criterio de la constitución sólo para determinar la residencia de las personas jurídicas en EEUU. Para ser residente en el otro Estado contratante, las sociedades deben estar sujetas por la renta mundial obtenida en virtud de un criterio admitido por el art. 4 del Modelo OCDE. En consecuencia, el criterio de constitución solamente se utilizaría para determinar la residencia en EEUU, pero no en cualquier otro Estado con el que se celebre un convenio de doble imposición.

³⁶⁶ Cfr. LUKOFF, F., “Dividends, Interest, Royalties: The Beneficial Ownership Change in the 1974 Amendments To the OECD Draft Convention”, *Taxes-The Tax Magazine*, 1977, núm. 8, p. 566.

Modelo de EEUU y el Modelo de 1980 de la ONU también lo han recogido³⁶⁷. Este concepto, al menos formalmente, introduce un elemento adicional al efecto de que la aplicación de dichos artículos sea posible³⁶⁸.

Los artículos 10 y 11 del Modelo distribuyen el gravamen de los dividendos e intereses entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia³⁶⁹. Ambos Estados, en consecuencia, podrán someter a gravamen esos rendimientos. La peculiaridad de dicha distribución reside en que se limita el poder de imposición del Estado de la fuente estableciendo un techo de imposición. No obstante, *solamente se aplicará cuando el beneficiario efectivo de los rendimientos generados en el Estado de fuente tenga la condición de residente en el otro Estado que forma parte del convenio*. En caso contrario, estas disposiciones no son aplicables, por lo que el Estado de la fuente no verá constreñido su poder impositivo por el convenio.

En cuanto a los cánones, regulados en el artículo 12 del Modelo, sólo el Estado de residencia puede someterlos a tributación³⁷⁰. Al asignarse con carácter exclusivo a este último Estado el poder de imposición, el Estado de la fuente no podrá gravarlos. No obstante, al igual que sucede en materia de dividendos e intereses, *solamente se aplica la exención cuando el beneficiario efectivo de los rendimientos generados en el Estado de la fuente tenga la condición de residente en el otro Estado que forma parte del convenio*. Si no es así, el Estado de la fuente recupera el derecho a gravar ilimitadamente los cánones generados en su territorio de acuerdo con su legislación.

³⁶⁷ La versión en castellano del modelo de la ONU (*Convención...*, cit., p. 45) traduce *beneficial ownership* como "propietario efectivo". Aquí utilizaremos la expresión "beneficiario efectivo", que es la recogida en los convenios de doble imposición celebrados por España y en los celebrados por Estados de lengua española. Cfr. DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, cit., p. 165.

³⁶⁸ En principio, la introducción del concepto de beneficiario pretende añadir un requisito no previsto anteriormente. No obstante, las modificaciones en los Comentarios al Modelo OCDE propuestas para 2002, *Draft contents of the 2002 update to the model tax convention*, cit., pp. 22 a 24, parecen señalar que este concepto solamente pretende aclarar cuándo debe aplicarse los límites a la imposición en el Estado de la fuente en los artículos que se encuentra el mismo. En cualquier caso, se trate de un elemento nuevo o simplemente una aclaración, hay que determinar su significado.

³⁶⁹ El Modelo EEUU de 1996 no distribuye el gravamen de los intereses entre los dos Estados, sino que lo asigna con carácter exclusivo al Estado de residencia.

³⁷⁰ El Modelo ONU, por contra, distribuye entre ambos Estados el poder tributario sobre estos rendimientos, aunque limita, al igual que en materia de dividendos e intereses, la imposición en el Estado de la fuente.

Como punto de partida, hay que significar que los límites al poder de imposición del Estado de la fuente sobre los dividendos, intereses y cánones –bien porque se establezca un techo de imposición o se asigne al Estado de residencia su gravamen exclusivo– sólo tendrán lugar si el beneficiario efectivo de esos rendimientos tiene la condición de residente en el otro Estado que forma parte del convenio.

Este régimen solamente es de aplicación cuando se trata de dividendos, intereses y cánones *pagados por un sujeto residente en un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante*. No se aplica, por contra, cuando quien paga los rendimientos es una entidad residente en un Estado distinto de los Estados que forman parte del convenio (Estado tercero). En este caso, esos rendimientos caen bajo el ámbito de aplicación del artículo 21 del Modelo, que atribuye el gravamen exclusivo al Estado de residencia³⁷¹.

Tampoco resulta de aplicación cuando el beneficiario efectivo de esos rendimientos ejerce en el Estado de la fuente una actividad industrial o comercial a través de establecimiento permanente. Cuando ello sucede, el gravamen se atribuye con carácter exclusivo al Estado donde está situado el establecimiento permanente³⁷². En estos casos, el Estado de residencia del beneficiario efectivo de los rendimientos no podrá gravarlos, ya que esos rendimientos sólo podrán estar sujetos a imposición

³⁷¹ Como señalan los Comentarios al Modelo OCDE (párrafo primero), el art. 21 establece una regla general aplicable a las rentas no tratadas en los artículos precedentes. Este precepto comprende además los rendimientos derivados de fuentes no mencionadas expresamente en los artículos anteriores del Modelo. Por lo tanto, su aplicación no se limita a las rentas que tienen su fuente en un Estado contratante, sino también a los *rendimientos procedentes de Estados terceros*. En materia de dividendos, intereses y cánones, el criterio utilizado por los arts. 10, 11 y 12 del Modelo para determinar su origen o generación en un determinado territorio es el *criterio del pago*. Este punto de conexión real indirecto presume que la renta pagada por un residente se ha originado en el territorio del Estado de residencia del pagador. Por este motivo, cuando estos rendimientos los paga una entidad residente en un Estado distinto de los Estados parte del convenio, el precepto aplicable es el art. 21 y no los arts. 10, 11 y 12. Cfr. WARD, D., *et al.*, "The Other Income Article of Income tax Treaties", *BIFD*, núm. 8/9, 1990, pp. 411 y ss. y CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional en los convenios...*, *cit.*, pp. 39 y 40 y nota 111.

³⁷² Cfr. los Comentarios a los arts. 10 (párrafo 8), 11 (párrafo 6) y 12 (párrafo 5) del Modelo OCDE. No obstante, para que tenga efecto esta atribución al establecimiento permanente, es necesario que los rendimientos se encuentre vinculados efectivamente al activo del establecimiento.

en el Estado de ubicación del establecimiento permanente, como un rendimiento más del mismo³⁷³.

Aquí principalmente nos interesa analizar el concepto de beneficiario efectivo cuando su cumplimiento es necesario para *eliminar o limitar* la tributación en el Estado de la fuente de los rendimientos en los que dicho concepto es de aplicación, esto es, dividendos, intereses y cánones. Por ello, en atención a la delimitación realizada anteriormente, sólo será objeto de estudio el siguiente supuesto: *cuando un sujeto residente en un Estado contratante paga a un residente en el otro Estado contratante alguna de estas tres clases de rendimientos*.

No prestaremos atención, por ese mismo motivo, a los supuestos en que los rendimientos se generan en un tercer Estado, o cuando se encuentran vinculados efectivamente a un establecimiento permanente. En el primer caso, porque el otro Estado contratante *no puede gravarlos*, ya que no se entienden generados esos rendimientos en su territorio (*cfr.* art. 21 Modelo OCDE). En el segundo caso, porque solamente se pueden gravar en el Estado de la fuente, al estar allí situado el establecimiento permanente.

Las razones de esta limitación se justifican con base en el objeto del trabajo. La utilización de estructuras *treaty shopping* en la planificación fiscal internacional está dirigida a eliminar o reducir la tributación en el Estado de la fuente. La cláusula del beneficiario efectivo se introdujo precisamente con el fin de impedir que residentes de terceros Estados distintos de los que suscriben un convenio puedan beneficiarse de su aplicación.

³⁷³ Como señala GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento...*, cit., pp. 315 y 316, el ámbito de aplicación de los arts. 10.4, 11.4 y 12.3 del Modelo es limitado. El criterio de atribución indicado se limita únicamente a los dividendos, intereses y cánones procedentes de alguno de los Estados contratante y pagados a un residente en el otro Estado contratante con un establecimiento permanente en el primer Estado. Por el contrario, la regla no resulta aplicable a los rendimientos vinculados al establecimiento permanente pero procedentes de un tercer Estado, ni tampoco a los rendimientos procedentes del Estado donde la sociedad es residente y pagados a un establecimiento permanente que la misma posee en el otro Estado contratante. *Cfr.* los esquemas que el autor citado recoge en la nota 149 (p. 316) de la misma obra.

Por último, hay que señalar que las consecuencias del concepto no se restringen a la tributación en el Estado de la fuente. Como es sabido, cuando el Modelo OCDE autoriza un gravamen en el Estado de la fuente, el Estado de residencia tiene la obligación de eliminar la doble imposición internacional que pueda producirse. Respecto a los rendimientos previstos en los arts. 10, 11 y 12 del Modelo, el método establecido es el de imputación (arts. 23.A.2 y 23.B del Modelo OCDE). El Estado de residencia sólo tiene la obligación de permitir una deducción por el importe del impuesto autorizado en la fuente por el convenio. En el caso de que el rendimiento sufra en el Estado de la fuente un gravamen superior al permitido, el Estado de residencia no tiene obligación de conceder una deducción por el exceso. En esta situación, le corresponde al contribuyente solicitar al Estado de la fuente la devolución del exceso.

Desde este punto de vista, cómo interpreta el Estado de residencia el concepto del beneficiario efectivo es relevante. Puede suceder que el Estado de la fuente considere que no se cumplen los requisitos de la cláusula, y por lo tanto no aplique los límites del convenio. Correlativamente, el Estado de residencia puede considerar que sí se cumplen sus requisitos y, por lo tanto, limite el método de imputación al gravamen máximo autorizado por el convenio. El resultado es que se produce doble imposición, porque el contribuyente difícilmente obtendrá del Estado de la fuente la devolución del exceso, dado que ese Estado le niega la condición de beneficiario efectivo³⁷⁴. Por este motivo, como veremos, es deseable que ambos Estados mantengan una posición común respecto a la aplicación de este concepto.

Ese es precisamente el objeto de esta parte del trabajo, determinar el significado del concepto, teniendo presente que lo deseable es que se interprete de

³⁷⁴ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional en los convenios...*, cit., p. 69. La consulta de la DGT de 7 de abril de 2000 (en *Normacef Fiscal*) se refiere a un residente en España que obtenía rendimientos en Reino Unido en virtud del pago de una pensión. Reino Unido había gravado esos rendimientos a pesar de que el convenio celebrado con España atribuye al Estado de residencia la competencia exclusiva. La DGT señala que no tiene derecho a practicarse las medidas para eliminar la doble imposición previstas en el IRPF. "El contribuyente deberá pedir a las autoridades fiscales del Reino Unido la devolución del impuesto satisfecho en dicho país por la pensión, dado que el Convenio no permite la tributación de la misma en el Reino Unido".

modo uniforme por parte de los Estados parte del convenio. Previamente, sin embargo, analizaremos dos aspectos que influyen directamente en su aplicación.

B) El perceptor de los rendimientos y el beneficiario efectivo

Con anterioridad a la actualización del Modelo de la OCDE en 1995, la redacción de los dos primeros apartados de los artículos 10, 11 y 12, tanto en la versión de 1992 como en la de 1977, era la siguiente:

Artículo 10.- 1. Los dividendos pagados por una sociedad residente en un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en este otro Estado. 2. Sin embargo, estos dividendos pueden también someterse a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que pague los dividendos y según la legislación de este Estado, *pero si el perceptor de los dividendos es el beneficiario efectivo*, el impuesto así exigido no podrá exceder del...

Artículo 11.- 1. Los intereses procedentes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en este otro Estado. 2. Sin embargo, estos intereses pueden también someterse a imposición en el Estado contratante del que procedan y de acuerdo con la legislación de este Estado, *pero si el perceptor de los intereses es el beneficiario efectivo*, el impuesto así exigido no puede exceder...

Artículo 12.- 1. Los cánones procedentes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante sólo pueden someterse a imposición en este otro Estado *si dicho residente es el beneficiario efectivo*.

De la lectura de los preceptos anteriores, se desprende la siguiente conclusión: para que el Estado de la fuente tenga la obligación de limitar o eliminar la tributación sobre estos rendimientos, el perceptor de los rendimientos debe tener, a su vez, la condición del beneficiario efectivo de los mismos. En consecuencia, podría sostenerse que si el perceptor de los rendimientos no es a su vez el beneficiario efectivo de los mismos, el Estado de la fuente no tendría la obligación de eliminar o reducir la imposición.

Una conclusión en tal sentido podría dar lugar a situaciones en las que se niega la aplicación del convenio cuando no se producen las circunstancias que la norma pretende evitar. Piénsese en el supuesto en el que tanto el perceptor como el beneficiario, aun siendo personas distintas, residen en el mismo Estado. Aquí no se origina el hecho que la cláusula del beneficiario efectivo en principio pretende evitar: que residentes de terceros Estados accedan a los beneficios del convenio suscrito entre

dos Estados³⁷⁵. Ese peligro simplemente no sucede en este caso, por lo que no tendría sentido negar la aplicación del convenio.

Para evitar lo anterior, en el año 1995, se modificó la redacción de los artículos 10 y 11 sustituyendo la expresión “si el perceptor de los dividendos [intereses] es el beneficiario efectivo”, por la expresión “si el beneficiario efectivo de los dividendos [intereses] es residente del otro Estado contratante”. Posteriormente, en 1997, se modificó el artículo referido a los cánones, sustituyendo la redacción anterior por la siguiente: “los cánones procedentes de un Estado cuyo beneficiario efectivo es residente del otro Estado contratante”³⁷⁶.

Con la nueva redacción la condición de perceptor y beneficiario efectivo no tienen por qué coincidir en la misma persona. No obstante, como ha señalado la doctrina y recogen los Comentarios al Modelo, debe llegarse a la misma conclusión incluso en los convenios celebrados siguiendo la redacción anterior³⁷⁷. La nueva redacción solamente pretende eliminar las dudas que la anterior redacción podía suscitar. Esta postura evita el resultado que podría derivarse de una interpretación literal. Si el beneficiario efectivo reside en el otro Estado contratante, aunque materialmente no sea el perceptor del rendimiento, no es posible que se produzca el hecho que la norma pretende evitar: que terceros residentes accedan de forma indirecta a los beneficios del convenio.

Mayores problemas plantea, sin embargo, cuando el beneficiario efectivo del rendimiento reside en el otro Estado contratante y el perceptor del mismo es residente de un Estado tercero. La redacción vigente parece excluir la aplicación del convenio en los supuestos de dividendos e intereses. No sucede así, en cambio, en el caso de los cánones. Respecto a las dos primeras categorías de rentas, el Modelo expresamente

³⁷⁵ En este sentido, VOGEL, K., *On Double...*, cit., p. 563.

³⁷⁶ Cfr. VOGEL, K., “Treaty News”, *BIFD*, vol. 52, núm. 3, 1998, p. 133. El Modelo de la ONU se expresa en términos similares a la redacción del Modelo de la OCDE con anterioridad a estas modificaciones. No obstante, su modificación en los mismos términos que la redacción actual del Modelo OCDE ya se ha propuesto en el seno de la ONU. Cfr. WIJNEN, W., “Towards a New UN Model?”, *BIFD*, núm. 3, 1998, p. 141.

³⁷⁷ Cfr. los párrafos 12 y 8 de los Comentarios a los arts. 10 y 11, respectivamente, del Modelo OCDE y LUCAS DURÁN, M., *La tributación...*, cit., p. 155.

hace referencia a la circunstancia de que esas rentas *deben ser pagadas a un residente del otro Estado*. No se hace ninguna alusión a ese particular en el artículo de los cánones³⁷⁸.

Una interpretación literal, también en este caso, implicaría que no entrasen en juego los límites a la imposición que el convenio señala al Estado de la fuente. No obstante, habida cuenta de la finalidad de la norma, parece razonable sostener también aquí la aplicabilidad del convenio. Al residir el beneficiario efectivo en el otro Estado contratante, se garantiza que residentes en terceros Estados no accedan a los beneficios previstos en ese Convenio³⁷⁹. *Lo relevante, en consecuencia, es dónde reside el beneficiario efectivo del rendimiento y no el lugar en el que reside el perceptor del rendimiento, en el caso de que sean personas distintas. Si el beneficiario efectivo reside en el otro Estado contratante, el convenio se aplica.*

Otro planteamiento para resolver la cuestión anterior es el propuesto por VOGEL³⁸⁰. En su opinión, para que sea posible la aplicación del convenio, debe interpretarse la frase “pagados... a un residente del otro Estado contratante” en un

³⁷⁸ El Modelo de 1996 de EEUU sólo exige que el rendimiento sea percibido efectivamente por un residente del otro Estado en el artículo dedicado a los dividendos. DOERNBERG, R. y VAN RAAD, K., *The 1996 United States...*, cit., pp. 99 y 106 sostienen que dada la redacción del Modelo EEUU el art. 10 no resulta aplicable cuando el perceptor del dividendo reside en un tercer Estado. En su opinión, si resulta que el beneficiario efectivo del dividendo reside en el otro Estado contratante, este rendimiento caería bajo el ámbito de aplicación del art. 21 del Modelo (Otras rentas), por lo que el Estado de la fuente no podría sujetarlo a imposición alguna, ya que ese artículo reserva al Estado de residencia la tributación exclusiva de los rendimientos que caen bajo su órbita de aplicación. En nuestra opinión, la tesis de los autores citados parte del siguiente error. El art. 21 solamente es aplicable respecto a las rentas *no reguladas en otros artículos del Modelo*. En este caso no concurre la premisa necesaria para su aplicación, toda vez que esos rendimientos se encuentran regulados expresamente en el art. 10 del Modelo. Este artículo se refiere a los dividendos generados en alguno de los Estados parte del convenio. Lo único que ocurre es que el límite a la imposición en la fuente no es aplicable, pues el perceptor no reside en el otro Estado, pero ello no los excluye del ámbito de aplicación de ese artículo. Si se admite la interpretación de los autores citados, daría lugar a resultados absurdos, en ningún caso pretendidos por las partes y que, además, permitirían a los contribuyentes “decidir” la norma del convenio que quieren que se les aplique (*rule shopping*). Los Modelos OCDE, ONU y EEUU tienen por finalidad distribuir entre los Estados parte la imposición sobre los dividendos generados en alguno de los dos Estados. Si aplicamos el art. 21, el Estado de la fuente no podrá gravar esos rendimientos, rompiéndose el consenso existente entre los Estados parte a la hora de configurar su tributación. Por otro lado, bastaría que el beneficiario efectivo percibiera el rendimiento a través de un tercer Estado para eliminar la tributación en la fuente. VOGEL, K., *On Double...*, cit., p. 563, parece sostener la misma postura que los autores citados, aunque critica los resultados absurdos de la misma.

³⁷⁹ Cfr. VAN RAAD, *Cursus Belastingrecht (International Belastingrecht)*, Par. 3.3.3.A, (Supplement 220, julio, 1994), pp. 208 a 210, citado por BORN, H., “Beneficial Ownership”, *ET*, núm. 12, 1994, p. 471.

³⁸⁰ VOGEL, K., *On Double...*, cit., pp. 563, 597 y 715.

sentido amplio. Debe entenderse que un pago realizado a la persona que recibe el rendimiento es al mismo tiempo un pago al beneficiario efectivo de ese rendimiento, ya que, sin perjuicio de que posteriormente profundicemos en el significado de este concepto, es la persona que en última instancia va a tener el derecho a disponer del mismo.

Con independencia del planteamiento que se adopte, parece que lo más razonable es permitir la aplicación del convenio cuando el beneficiario efectivo es residente en el otro Estado contratante. En este sentido se pronuncian las modificaciones de los Comentarios al Modelo propuestas por la OCDE para el año 2002. El texto del Modelo, en materia de dividendos e intereses, no varía, pero se modifican los Comentarios (párrafo 12.2 del art. 10 y 8.2 del art. 11) resolviendo esta cuestión en el sentido aquí propuesto.

C) El objeto de la cláusula del beneficiario efectivo: ¿De qué hay que ser beneficiario efectivo?

Para delimitar el objeto de esta cláusula partiremos del supuesto de hecho siguiente:

La sociedad R residente en el Estado R, tiene cien participaciones en la sociedad B, residente en el Estado F, que asciende al 25 por ciento de su capital. El día uno de enero de 2002 el órgano competente de la sociedad F acuerda el reparto de dividendos, a razón de una unidad de cuenta por participación. El día dos de enero del mismo año, y antes de que se haga efectivo por la sociedad F el dividendo, la sociedad R transmite el derecho a obtener el dividendo a la sociedad T, residente en el Estado T, por un importe equivalente al 80 por ciento del valor del dividendo, esto es, 80 unidades de cuenta. La sociedad R notifica esta operación a la sociedad F, a fin de que pague el importe correspondiente a los dividendos directamente a la sociedad T. El día 2 de enero de 2002 la sociedad F paga los dividendos a T.

En este supuesto, la sociedad que percibe el dividendo no es titular de las participaciones que generan el derecho a obtenerlo. Sin embargo, tiene derecho a percibirlo en virtud de la cesión del derecho al dividendo³⁸¹. La cuestión que se plantea aquí es si para tener la consideración de beneficiario efectivo del dividendo es

³⁸¹ Es preciso señalar que el derecho de crédito del partícipe frente a la sociedad para percepción del dividendo sólo surge una vez que se ha acordado por el órgano competente dentro de la sociedad (normalmente, la Junta General). Hasta entonces no existe un derecho de crédito, sino un derecho abstracto a participar en las ganancias de la sociedad. Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, cit., pp. 316 y 317.

necesario, a su vez, ser el titular de las participaciones que generan el derecho a obtener este rendimiento (*underlying property giving rise to the payments*). La misma pregunta también puede plantearse con relación al resto de rendimientos a los que la cláusula del beneficiario efectivo es aplicable, es decir, intereses y cánones³⁸².

La respuesta mayoritaria de la doctrina es negativa³⁸³. La cláusula del beneficiario efectivo se refiere exclusivamente al rendimiento y no a la participación, préstamo o derecho de propiedad intelectual o industrial que genera el dividendo, interés o canon. Por consiguiente, *para la aplicación del convenio basta con tener la condición de beneficiario efectivo del rendimiento*. No es necesario ser, al mismo tiempo, titular del activo que lo origina.

En efecto, la redacción de las disposiciones del Modelo OCDE, y paralelamente los convenios que lo siguen, conectan la cláusula del beneficiario efectivo con el rendimiento y no con la participación, el préstamo o el derecho de propiedad intelectual o industrial que lo genera³⁸⁴. Si para que un sujeto tenga la consideración de beneficiario efectivo es necesario reunir los dos elementos – titularidad del rendimiento y de su fuente – el Modelo, o bien los Comentarios, podría haber realizado una referencia expresa³⁸⁵. Al no existir dicha referencia, el silencio del Modelo y de los Comentarios puede interpretarse en el sentido propuesto, no es necesario que concurren los dos aspectos.

³⁸² En cuanto a los intereses, ¿es necesario que la persona que tiene derecho a su obtención sea titular, a su vez, del contrato de préstamo? En cuanto a los cánones, ¿el titular del derecho al canon debe ser, al mismo tiempo, titular del derecho de propiedad intelectual que lo genera?

³⁸³ Cfr. KILLIUS, J., "The concept of beneficial ownership of items of income under German tax treaties", *Intertax*, núm. 8/9, 1989, pp. 341 y 342, VOGEL, K., *On Double...*, cit., p. 562, VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 76, DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, cit., pp. 90 a 94 y pp. 152 a 154, PIJL, H., "The Definition of Beneficial Owner under Dutch Law", *BIFD*, núm. 6, 2000, p. 258 y OLIVER, J., et al., C., "Beneficial Ownership", *BIFD*, núm. 7, 2000, p. 312.

³⁸⁴ En la parte del informe de la ONU, *Contributions...*, cit., p. 8, en la que se analiza la cláusula del beneficiario efectivo, todas las referencias se efectúan al rendimiento y, en ningún caso, a la necesidad de ser al mismo tiempo titular del activo que lo produce.

³⁸⁵ Cfr. DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, cit., p. 91.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo holandés (*Hoge Raad*) en el asunto *Royal Dutch Oil*³⁸⁶. El supuesto de hecho coincide exactamente con el que hemos comenzado este apartado. Como indica el Tribunal, "El convenio no requiere que el beneficiario efectivo del dividendo deba ser al mismo tiempo el titular de las participaciones. Es irrelevante que el contribuyente adquiriese el derecho al dividendo o cupón una vez que su reparto ya se había acordado, toda vez que la cuestión sobre quién es el beneficiario efectivo del dividendo debe ser resuelta en el momento en el que se paga el dividendo y no cuando el mismo se anuncia por parte de la sociedad"³⁸⁷.

De acuerdo con este pronunciamiento, es en el momento en que se paga el rendimiento cuándo hay que determinar quién es el beneficiario efectivo del mismo, con independencia de quién es el titular del activo que lo produce. No obstante, es cierto que en muchos casos previamente habrá que saber quién es el titular del activo, para determinar quién es el beneficiario efectivo. Piénsese en el supuesto en el que el titular de una patente percibe un canon por el otorgamiento de una licencia de explotación sobre la misma. En este caso, es claro que el titular de la patente (licenciante) lo es también del derecho a percibir el canon. Nada le impide transmitir el derecho a obtener el canon a un tercero, siendo éste, en consecuencia, el nuevo beneficiario efectivo del rendimiento³⁸⁸. Puede suceder, también, que el cesionario de la patente o licenciatario, si los términos de la licencia lo permiten, decida

³⁸⁶ En su sentencia de 6 de junio de 1994. La resolución en primera instancia consideró que no podía considerarse beneficiario efectivo del dividendo al adquirente del cupón. Un comentario a ambas resoluciones puede verse en, BORN, H., "Beneficial...", *cit.*, pp. 469 a 472.

³⁸⁷ La traducción se ha realizado a partir de la traducción al inglés del holandés recogida en VAN WEEGHEL, *The Improper...*, *cit.*, p. 76. Otra versión en inglés puede consultarse en PIJL, H., "The Definition...", *cit.*, pp. 257 y 258. Una cuestión que suscitan los casos en los que se transmite el derecho a obtener el rendimiento es si esa cesión tiene alguna consecuencia sobre la naturaleza jurídica del mismo. En este sentido, como sucede en el supuesto de hecho de la resolución holandesa, habría que plantearse si el rendimiento obtenido por el cesionario del derecho puede seguir calificándose como dividendo bajo la definición prevista en el convenio. El estudio de esta cuestión desbordaría el objeto de nuestro trabajo. Sin embargo, hay que señalar que la doctrina no es unánime al respecto. *Cfr.* ROTONDARO, C., "Tax Treaty Implications of Non-Recourse Sales of Credit", *núm.* 4/5, 1999, pp. 162 y ss. y VOGEL, K., *On Double...*, *cit.*, pp. 585, 722 y 723 sostienen que la cesión no incide sobre la calificación jurídica original del rendimiento. No obstante, este último autor, en algún momento de su obra (p. 653) parece sostener lo contrario.

³⁸⁸ Es necesario precisar que, en cada caso, habrá que examinar en qué condiciones se ha adquirido ese derecho, a fin de determinar si se es o no el beneficiario efectivo. Esta cuestión se aborda en el siguiente apartado.

sublicenciar a un tercero, percibiendo a cambio un canon³⁸⁹. El beneficiario efectivo de ese nuevo canon es el primer licenciatario. Si en este caso exigimos que el beneficiario efectivo del canon tiene que ser, a su vez, el titular de la patente, se podrían encontrar serios problemas para considerar como tal al licenciatario respecto al canon que recibe en virtud de la sublicencia³⁹⁰.

No obstante, existe algún matiz en el Modelo que podría dar lugar a sostener una postura contraria. Los artículos 10.4, 11.4 y 12.5 del Modelo atribuyen la competencia exclusiva al Estado de la fuente sobre estos rendimientos cuando el beneficiario efectivo ejerce en el Estado de la fuente una actividad empresarial a través de un establecimiento permanente. La atribución del derecho a gravar ese rendimiento al Estado de la fuente sólo tiene lugar *si la participación, el crédito, o el derecho o propiedad que generan el dividendo, el interés o el canon se encuentran vinculados efectivamente al establecimiento permanente*.

Nótese que el Modelo en cierta medida conecta el concepto del beneficiario efectivo con su fuente, pues solamente se atribuye el rendimiento al establecimiento permanente del beneficiario efectivo si el derecho o propiedad que lo genera se encuentra afecto a su activo. No obstante, este dato no debe desvirtuar la conclusión a la que hemos llegado. El criterio que se utiliza para atribuir los rendimientos al establecimiento permanente es el criterio de vinculación efectiva. Nada impide que pueda vincularse efectiva y exclusivamente el derecho a obtener el rendimiento al activo del establecimiento permanente³⁹¹. Asimismo, también se podría atribuir el rendimiento al establecimiento permanente cuando el beneficiario efectivo del mismo sólo es titular de ese derecho, es decir, por ejemplo, un licenciatario que otorga una sublicencia, y no del activo que lo produce. La atribución al establecimiento, en uno y otro caso, se efectuará en la medida que exista o no vinculación efectiva. Obviamente, cuando el beneficiario efectivo es también titular de la fuente del rendimiento, el

³⁸⁹ Según el art. 75.3 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, los licenciatarios no podrán conceder sublicencias, a no ser que se hubiese convenido otra cosa.

³⁹⁰ Cfr. DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, cit., p. 93.

³⁹¹ En el Modelo de EEUU, la atribución del rendimiento al establecimiento permanente depende de que el rendimiento esté o no vinculado efectivamente a su activo, en vez del bien o el derecho que lo produce. Cfr. VOGEL, K., *On Double...*, cit., p. 569.

hecho de que se encuentre afecto al activo del establecimiento, es un criterio indudable para atribuir a este último el rendimiento.

En atención a lo expuesto, puede afirmarse que el objeto del concepto de beneficiario efectivo es exclusivamente el rendimiento. No obstante, existe un supuesto en el Modelo OCDE en el que se requiere inexcusablemente ser al mismo tiempo titular del rendimiento y de su fuente³⁹².

En materia de dividendos, el art. 10.2 del Modelo OCDE, al igual que el Modelo ONU y EEUU, establece dos techos de imposición. En primer lugar, un techo de imposición general que se aplica a cualquier tipo de dividendos y, en segundo lugar, un techo de imposición reducido que se aplica cuando el perceptor del dividendo tiene una participación directa de al menos el veinticinco por ciento del capital de la sociedad que reparte el dividendo. En el primer caso el techo de imposición asciende al quince por ciento y, en el segundo, al cinco por ciento.

Con arreglo a una idea ampliamente difundida, los dividendos percibidos por una sociedad que tiene una participación significativa o empresarial en otra sociedad (*Schachteldividenden, direct investments*) deben ser objeto de una regulación tributaria más favorable a la dispensada a los dividendos restantes (*Streubesitzdividenden, portfolio investment*)³⁹³. Cuando media una participación en esos términos, existe normalmente una relación matriz/filial entre la sociedad partícipe y participada. En estos casos, se otorga un régimen especial con el fin de eliminar los obstáculos tributarios a los movimientos de capital transfronterizos³⁹⁴ entre sociedades filiales y sus matrices, derivados de la doble imposición jurídica y económica internacional que se puede producir. El Modelo contribuye a lo anterior reduciendo el gravamen que

³⁹² Un segundo supuesto sería cuando el convenio expresamente así lo establece. Es el caso del convenio entre Alemania y Australia. Cfr. VOGEL, K., *On Double...*, cit., p. 562.

³⁹³ Cfr. RUIZ GARCÍA, J.R., *La deducción...*, cit., p. 91. Como vimos en el primer capítulo (apartado III.C.2), los ordenamientos de los Estados han establecido medidas unilaterales para eliminar la doble imposición jurídica y económica internacional que sufren los dividendos derivados de participaciones empresariales. El Modelo OCDE, al prever un techo de imposición inferior en el Estado de la fuente en materia de dividendos, contribuye a la atenuación de la doble imposición jurídica internacional.

³⁹⁴ Señala el Comentario al art. 10 del Modelo OCDE (párrafo núm. 10) que este tipo de gravamen tiene por finalidad "evitar una cascada impositiva y facilitar las inversiones internacionales" para los dividendos pagados por una sociedad filial a su matriz.

pueden sufrir en el Estado de la fuente los dividendos derivados de participaciones empresariales.

La aplicación del tipo reducido exige que el beneficiario efectivo del dividendo sea titular también de las participaciones que dan derecho a su percepción, habida cuenta que el tipo reducido sólo se aplica si se tiene una participación que representa el veinticinco por ciento del capital de la sociedad que reparte el dividendo. Es razonable exigir en estos casos ser titular de las participaciones, porque la aplicación del tipo de gravamen reducido sólo se justifica si media una relación matriz/filial entre ambas sociedades. Si no existe dicha relación, no se justifica el otorgamiento de un régimen tributario favorable.

Sin perjuicio del caso anterior, hay que concluir que la cláusula del beneficiario efectivo se proyecta sobre el rendimiento y no sobre la fuente del mismo.

D) El significado del concepto: ¿Qué es ser el beneficiario efectivo?

D.1) Consideraciones previas

Cuando se introdujo la cláusula del beneficiario efectivo en el Modelo OCDE algún autor afirmó que podría poner en peligro la *certeza* que los convenios de doble imposición pretenden proporcionar en la fiscalidad internacional³⁹⁵. El tiempo ha demostrado que esa afirmación no era errónea, porque hasta la fecha no existe una respuesta uniforme respecto a su significado por parte de las Administraciones tributarias, la jurisprudencia y la doctrina³⁹⁶. Esta situación no facilita la aplicación de los arts. 10, 11 y 12 del Modelo.

Diversos factores han contribuido a generar este alto grado de incertidumbre. El motivo principal alegado por la doctrina es que se trata de un concepto desconocido

³⁹⁵ Cfr. LUKOFF, F, "Dividends...", *cit.*, p. 567.

³⁹⁶ Un claro ejemplo de lo anterior son los resultados del Seminario que sobre esta cuestión tuvo lugar en el congreso que la IFA celebrado en Eilat en octubre de 1999. Cfr. OLIVER, J., *et al.*, "Beneficial...", *cit.*, p. 325. Igual suerte corrieron los resultados del Seminario A del vigésimo segundo Congreso de la IFA celebrado en Londres durante el mes de octubre de 1998, recogidos en IFA, *The OECD Model Convention - 1998 and beyond; The concept of beneficial ownership in tax treaties*, Kluwer Law International, La Haya, 2000, pp. 15 a 32.

para la mayoría de ordenamientos jurídicos de los Estados. Solamente en algunos sistemas jurídicos de Derecho anglosajón (*common law countries*), especialmente Reino Unido, pueden encontrarse referencias a este concepto en la legislación y en la jurisprudencia³⁹⁷. Respecto a los Estados con sistemas jurídicos de Derecho civil no existe, al menos formalmente, un término análogo. Desde un punto de vista material, sin embargo, no es totalmente cierto que este concepto sea completamente ajeno a los ordenamientos de Derecho civil. En efecto, aunque las normas civiles sobre el derecho de propiedad no contemplen la figura del *beneficial ownership*, como veremos, la rama tributaria de dichos ordenamientos contemplan normas que consiguen el mismo efecto.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la propia OCDE no ha definido el concepto. Ni los Comentarios al Modelo, ni en el Informe de 1986 sobre la utilización de las sociedades conductoras o intermedias (en adelante, Informe de 1986)³⁹⁸, contienen una definición completa y precisa del término. Es más, implícitamente la OCDE reconoce la escasez e insuficiencia de las aclaraciones realizadas en esos documentos, ya que “invita” a los “Estados que deseen una formulación más explícita [a efectuarla] en las negociaciones bilaterales”³⁹⁹. Siguiendo esta recomendación, algunos convenios han definido expresamente el concepto de beneficiario efectivo.

A pesar de que no se existe consenso en cuanto a su significado, la mayoría de la doctrina afirma que este concepto se introdujo para evitar que residentes en Estados terceros a los que forman parte de un convenio puedan acceder indirectamente a los beneficios en él previstos. Combatir el *treaty shopping*, en consecuencia, parece ser el fin de la cláusula⁴⁰⁰.

³⁹⁷ Véase el estudio de DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, cit., pp. 99 a 143, sobre el significado de este concepto (*beneficial ownership*) en los sistemas jurídicos de Derecho anglosajón y en los de Derecho civil. Los sistemas de Derecho civil, con carácter general, no contemplan este concepto. Ese aspecto se percibe incluso en la traducción al español y a otros idiomas del término. En efecto, en español se traduce *ownership* como “efectivo”, cuando su traducción directa sería “propietario”.

³⁹⁸ “Double taxation conventions and the use of conduit companies”, cit.

³⁹⁹ Cfr. párrafo núm. 12 de los Comentarios al art. 10.

⁴⁰⁰ Como expresamente señalan los Comentarios al Modelo (párrafo 10 del comentario al artículo primero). En la doctrina, entre otros, DEL ARCO RUETE, L., *Doble imposición...*, cit., p. 153, LOUKOTA, H., “International tax planning and treaty shopping-An Austrian view”, *Intertax*, núm.

A la hora de determinar el concepto de beneficiario efectivo, este último dato debe tenerse en cuenta. Principalmente, porque los problemas más importantes que plantea tienen que ver con la idoneidad de este concepto para negar a la aplicación de los convenios a las sociedades conductoras o intermedias –bien en la modalidad de *direct conduit* o *stepping stone conduit*-. A nuestro juicio, como luego se explicará, la cláusula del beneficiario efectivo resulta insuficiente para este fin. Si los Estados partes de un convenio quieren combatir con un grado mayor de eficacia la utilización de ese tipo de estructuras deberán introducir cláusulas de limitación de beneficios (*limitation clauses of benefits*)⁴⁰¹.

Esa premisa condicionará, en cierta medida, el estudio del significado del concepto. Pero también, en la búsqueda del significado de este concepto, la certeza debe ser otra premisa a tener en cuenta. Porque si no se dota al concepto de un significado claro y preciso, volveríamos al comienzo del problema. Una definición ambigua e imprecisa poco más aporta que la ausencia de la misma.

D.2) La interpretación de los convenios de doble imposición: el concepto de beneficiario efectivo como concepto autónomo

La efectividad de los convenios de doble imposición exige que los Estados parte los interpreten de manera uniforme⁴⁰². “Si la interpretación es diferente, sólo la textura semántica de las normas del convenio será igual, no sus soluciones; la

8/9, 1989, p. 352, LE GALL, J., “Treaty shopping...”, *cit.*, p. 367, CAVESTANY MANZANEDO, M.A., “El *treaty shopping* en el modelo de convenio de la OCDE de 1992”, *Impuestos*, 1993-II, p. 97 y VOGEL, K., *On Double...*, *cit.*, p.147. No obstante, la doctrina ha dudado de la eficacia de este concepto para conseguir tal fin. Son significativas las palabras de GONZÁLEZ POVEDA, V., “Convenio...”, *cit.*, p. 50, al señalar que la cláusula del beneficiario efectivo “no es más que una cláusula de estilo de escasa o nula efectividad en la práctica”.

⁴⁰¹ Esa es justamente una de las principales conclusiones a las que llega DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, *cit.*, p. 235, en su estudio sobre el significado del concepto del *beneficiario efectivo* en los convenios de doble imposición.

⁴⁰² Cfr. EDUARDES-KER, M., *Tax Treaty Interpretation*, In-Depth Publishing, Londres, 1994, parágrafo 4, cap. 1 y RIBES RIBES, A., *La interpretación de los convenios para evitar la doble imposición*, Tesis Doctoral inédita, Alicante, 2001, p. 184. Como dicen VOGEL, K.; PROKISCH, R., “Interpretación de los convenios de doble imposición”, *CDFI*, vol. LXXVIIIa, Kluwer, Deventer, 1993, p. 129, “un convenio de doble imposición sólo puede desempeñar su función si se interpreta y aplica en todo lo posible de modo uniforme en los dos Estados Contratantes. Por ello es absolutamente indispensable lograr unos principios uniformes en el plano internacional para la interpretación de los convenios de doble imposición”.

uniformidad sólo será aparente”⁴⁰³. La interpretación autónoma de los conceptos previstos en un convenio de doble imposición contribuye esencialmente a su aplicación uniforme⁴⁰⁴.

El concepto de beneficiario efectivo tiene una influencia decisiva en la aplicación de las disposiciones de los convenios de doble imposición. Las consecuencias de su aplicación se proyectan tanto en el Estado de la fuente, como en el Estado de residencia, como hemos tenido ocasión de analizar. La aplicación uniforme del convenio en esta materia pasa porque ambos Estados interpreten igualmente esta disposición, o lo que es lo mismo, debe interpretarse autónomamente el concepto de beneficiario efectivo.

Esta solución, sin embargo, topa con algún obstáculo. *El concepto del beneficiario efectivo no está definido en el Modelo OCDE ni en la mayoría de los convenios que lo siguen. Según el art. 3.2 del Modelo, “para la aplicación del Convenio en cualquier momento por un Estado contratante, cualquier expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento se le atribuya por la legislación de este Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio”*⁴⁰⁵. De este precepto, en principio, se deriva una preferencia en favor de la legislación interna para dotar de significado a los términos que el convenio no define expresamente⁴⁰⁶. No obstante, el

⁴⁰³ VIRGÓS, M.; GARCIMARTÍN, F.J., “Pluralidad de fuentes y unidad interna del sistema español de competencia judicial internacional”, *RJUAM*, núm. 1, 1999, p. 259.

⁴⁰⁴ Como señalan VIRGÓS, M.; GARCIMARTÍN, F.J., “Pluralidad...”, *cit.*, p. 259 la interpretación autónoma se refiere al hecho de que los conceptos y las reglas de un convenio deban ser definidos, interpretados y desarrollados de modo común para todos los Estados parte teniendo presente el sentido y fin del convenio, sus principios configuradores y sus decisiones valorativas, no el Derecho nacional.

⁴⁰⁵ La versión en inglés es la siguiente: “*As regard the application of the Convention by a Contracting State any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning which it has under the law of that State concerning the taxes to which the Convention applies*”.

⁴⁰⁶ El Modelo no aclara cuál debe ser la legislación aplicable –la del Estado de la fuente o el de residencia– o si el Estado de residencia está vinculado por la interpretación que el Estado de la fuente realiza conforme a su legislación. El estudio de este problema desborda el objeto de nuestro trabajo. Sobre ello pueden verse AVERY JONES, J., “Article 3.2 of the OECD Model Convention and the Commentary to It: Treaty Interpretation”, *ET*, núm. 8, 1993, pp. 252 a 257, XAVIER, A., “El problema de las calificaciones en Derecho tributario internacional”, *RDFHP*, núm. 225/226, 1993, pp. 663 a 695, CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional en los convenios...*, *cit.*, pp. 92 a 108 y VOGEL, K., “Tax Treaty News”, *BIFD*, núm. 3, 2000, pp. 98 y 99.

recurso a la legislación interna depende del peso que le demos a la otra parte del precepto: *a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente*⁴⁰⁷.

La aplicación uniforme de un convenio es directamente proporcional a la interpretación uniforme que del mismo se realice por los Estados parte del mismo. La interpretación de los términos y nociones del convenio no definidas en el mismo de acuerdo con el significado que tenga en el Derecho de cada Estado no garantiza la interpretación uniforme, toda vez que los sistemas jurídicos de los Estados parte, normalmente, dan significados no coincidentes de esos mismos conceptos. Por este motivo, como sostiene la doctrina, debe preferirse la interpretación autónoma a la remisión a las legislaciones internas de los Estados⁴⁰⁸. Sin embargo, dado el tenor del art. 3.2 del Modelo OCDE, la interpretación autónoma de los conceptos no definidos, como es el caso, sólo es posible cuando se derive del propio contexto del convenio.

La doctrina mayoritaria considera que del contexto de los convenios se deriva la necesidad de interpretar autónomamente el concepto de beneficiario efectivo⁴⁰⁹. La importancia de esta cláusula en el sistema de distribución de rentas del convenio es tal que sólo interpretándolo autónomamente se garantiza que los Estados apliquen

⁴⁰⁷ Como señalan VOGEL, K.; PROKISCH, R., "Interpretación...", *cit.*, p. 153, la opinión mayoritaria es que debe "llegarse en lo posible a una interpretación concordante de los convenios en los Estados contratantes y, cuando faltan definiciones dadas por el convenio, conviene ante todo buscar el sentido a partir del contexto del convenio y recurrir sólo como último recurso al derecho nacional". No obstante, también advierten que el tenor del precepto puede dificultar seriamente lo anterior, toda vez que "se deduce claramente que sólo motivos de suficiente peso, y no cualquier interpretación convincente deducida del contexto, debe llevar a derogar la regla del artículo 3, párrafo 2". Proponen dichos autores, para evitar recurrir excesivamente a la legislación interna, que la referencia del art. 3.2 del Modelo al contexto del convenio se interprete en términos más amplios que los que se expresa el art. 31 del CVDT. En este sentido, SHANNON, H., "United States income tax treaties: Reference to domestic law for the meaning of undefined terms", *Intertax*, núm. 11, 1989, pp. 459 y 460.

⁴⁰⁸ Cfr. PROKISCH, R., "Does it Make Sense if We Speak of an International Tax Language", en VOGEL, K. (ed.), *Interpretation of Tax Law and Treaties and Transfer Pricing in Japan and Germany*, Kluwer Law International, La Haya, 1998, pp. 106 a 109, CALDERÓN, J.M.; PIÑA, M.D., "Spain: Interpretation of Tax Treaties", *ET*, núm. 10, 1999, p. 386, VAN RAAD, K., "International Coordination of Tax Treaty Interpretation and Application", *Intertax*, núm. 6/7, 2001, p. 231 y RIBES RIBES, A., *La interpretación...*, *cit.*, p. 266. EDWARDES-KER, M., *Tax Treaty...*, *cit.*, pp. 9 a 13 (capítulo 7) cita varias resoluciones judiciales que sostienen esta idea.

⁴⁰⁹ Cfr. entre otros, EDWARDES-KER, M., *Tax Treaty...*, *cit.*, p. 2 (capítulo 7), VOGEL, K., *On Double...*, *cit.*, p. 562, DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, *cit.*, p. 173, OLIVER, J., *et al.*, "Beneficial...", *cit.*, p. 315 y LÜTHI, D., *The OECD Model Convention - 1998 and beyond...*, *cit.*, p. 20.

uniformemente el convenio. De lo contrario, podrían producirse disfunciones (doble imposición o no imposición) derivadas de una interpretación divergente.

La remisión a la legislación interna difícilmente puede garantizar que ambos Estados interpreten de manera concordante ese precepto. Es más, como señala VOGEL, el recurso a los Derechos nacionales puede resultar inútil para dotar de significado al término. En unos casos, porque el propio concepto no existe en muchos ordenamientos jurídicos. En otros, aunque contemplan este concepto, no establecen una definición completa y precisa del mismo que sirva en la esfera de los convenios de doble imposición⁴¹⁰.

Por consiguiente, puede sostenerse que en esta materia el contexto del convenio exige una interpretación autónoma del concepto de beneficiario efectivo. Por un lado, para garantizar la aplicación concordante de las medidas en fuente y en residencia sobre estos rendimientos. Y, por otro, por la imposibilidad de cumplir con la regla general establecida en el art. 3.2 del Modelo OCDE, dado que los Derechos nacionales raramente prevén una definición al respecto aplicable a los convenios para evitar la doble imposición.

En estos términos, como ha señalado la doctrina, el concepto del beneficiario efectivo es un concepto de Derecho internacional tributario (*international tax language*), al que debe dotarse de significado⁴¹¹. Cuando el concepto de beneficiario efectivo se utiliza en el ámbito de un convenio de doble imposición, debe interpretarse atendiendo al significado internacional del mismo, incluso cuando la legislación de un Estado parte del convenio contemple una definición precisa de este concepto⁴¹². Sólo cuando el convenio establezca expresamente una definición, deberá utilizarse ésta en detrimento de la definición internacional del concepto, sin perjuicio de que esta última pueda servir de guía para resolver los problemas interpretativos que la definición del convenio plantee.

⁴¹⁰ VOGEL, K., *On Double...*, cit., p. 562.

⁴¹¹ Cfr. EDWARDES-KER, M., *Tax Treaty...*, cit., p. 2 (capítulo 7), DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, cit., pp. 172 a 179 y OLIVER, J., et al., "Beneficial...", cit., pp. 314 a 316.

⁴¹² Cfr. DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, cit., p. 178.

D.3) Delimitación del significado

Partiendo de la premisa de que el concepto de beneficiario efectivo debe ser interpretado autónomamente, el paso siguiente consiste justamente en determinar cuál es su significado. Se trata básicamente de una cuestión interpretativa. Esta debe estar regida por los cánones de interpretación recogidos en los arts. 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969 (CVDT), ya que este concepto está recogido en los convenios de doble imposición y éstos son tratados de Derecho internacional⁴¹³.

Conforme a una opinión muy difundida, estos artículos codifican el derecho consuetudinario ya vigente, de modo que el conjunto de los tratados de derecho internacional están sometidos sin ninguna reserva, en virtud del derecho consuetudinario, a las reglas de interpretación de la CVDT⁴¹⁴.

Los términos de un tratado, a tenor de lo previsto en el art. 31.1 de la Convención, han de interpretarse, en principio, conforme a su sentido ordinario o corriente, no en abstracto ni aisladamente, sino en el contexto del tratado y teniendo en cuenta su objeto y fin⁴¹⁵. Los apartados segundo y tercero del art. 31 indican lo que ha de entenderse por contexto⁴¹⁶ y otra serie de materiales que, junto al contexto, deberán tenerse en cuenta en el proceso interpretativo⁴¹⁷. Finalmente, el art. 32 prevé una serie de medios de interpretación complementarios. Sólo se puede acudir a ellos para confirmar o para esclarecer un sentido dudoso, absurdo o que conduzca a un

⁴¹³ Entró en vigor el 27 de enero de 1980, tras la adhesión del trigésimo quinto Estado. EEUU ha firmado el tratado pero todavía no lo ha ratificado. Cfr. ALI, *International...*, cit., p. 32.

⁴¹⁴ Cfr. VOGEL, K.; PROKISCH, R., "Interpretación...", cit., p. 136. Algunas dudas mantienen al respecto la Administración y la doctrina americana. Cfr. ALI, *International...*, cit. 32.

⁴¹⁵ Cfr. REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Publico. Derecho de los Tratados*, Tecnos, Madrid, 1987, tomo 2, p. 310.

⁴¹⁶ Comprende el texto del tratado, el preámbulo, los anexos, todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado y, finalmente, todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

⁴¹⁷ Los acuerdos ulteriores entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones, toda practica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado y toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

resultado manifiestamente irrazonable derivado de la interpretación alcanzada conforme al art. 31.

a) El significado de *beneficial ownership* en el Derecho anglosajón y el concepto de propiedad económica en el Derecho alemán (*wirtschaftliche Eigentum*)

En primer lugar, hay que tener presente que el año 1977, fecha en que se introdujo el concepto de beneficiario efectivo en el Modelo OCDE, no es la primera vez que el mismo aparece en el escenario de la fiscalidad internacional. En 1966, una nota explicativa anexa al protocolo del convenio entre Reino Unido y EEUU establecía lo siguiente: “la aplicación de las disposiciones del convenio en materia de dividendos, intereses y cánones deja de depender del hecho de que esos rendimientos estén sujetos a imposición en el otro Estado contratante; a partir de ahora dependerá de que el beneficiario efectivo resida en el otro Estado”⁴¹⁸.

También con anterioridad a esa fecha se incluyó en algún otro convenio, entre los que se puede destacar el celebrado en 1968 entre España y Reino Unido. Estos convenios tampoco definen el concepto de beneficiario efectivo, por lo que por sí mismos no son de gran ayuda para determinar su significado. No obstante, el hecho de que se haya introducido este concepto por primera vez en convenios en los que el sistema jurídico de uno de los Estados partes es de Derecho anglosajón, es indicativo de que, probablemente, este concepto se ha tomado de esos ordenamientos.

Por otro lado, apenas existe información sobre los motivos por los que el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE decidió introducir este término y no otro. DU TOIT y VOGEL dan noticia de que el delegado en el Comité de Reino Unido informó acerca de cómo el concepto había sido incluido en los convenios celebrados por su Estado, además de que se descartó otro concepto, “último perceptor” (*final recipient*) porque se consideró que respondía al mismo fin⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Cfr. DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, cit., p. 180.

⁴¹⁹ DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, cit., p. 179, nota 384 y VOGEL, K., *On Double...*, cit., p. 562.

Todos estos datos, como sostiene la doctrina, son indicativos de que el Modelo OCDE, probablemente, haya tomado este término del Derecho anglosajón⁴²⁰. El hecho de que este término proceda de estos ordenamientos no implica, por sí mismo, que el significado del concepto en el ámbito de aplicación de los convenios de doble imposición deba coincidir exactamente con el allí previsto. Sin embargo, el Derecho anglosajón debe servir como punto de referencia a la hora de dotar de significado al concepto. Por este motivo, el primer parámetro hermenéutico que debe tenerse en consideración es el significado de este concepto en los ordenamientos de los que parece haberse tomado.

El término *beneficial ownership* tiene su origen en Reino Unido, a través del desarrollo de las normas del *trust*⁴²¹. Esta figura distingue entre una propiedad o titularidad formal (*legal ownership*), que reside en el *trustee*, y una propiedad material o económica (*beneficial ownership*) que reside en los beneficiarios. El *trustee* posee la propiedad no en su propio beneficio, sino a favor de los beneficiarios, de acuerdo con las instrucciones del *settlor* contenidas en la escritura fundacional. El poder de disposición del *trustee* varía en función del tipo de *trust* del que se trate. En este sentido, cabe distinguir entre el *trust* en el que el *trustee* tiene la obligación de poner inmediatamente a disposición de los beneficiarios los rendimientos obtenidos por el *trust*, y aquellos otros en los que puede decidir cuándo, cómo y a quién se distribuyen los rendimientos y los frutos del *trust* (*accumulating trust*).

Por lo tanto, la posición de los beneficiarios es muy diferente en función de la discrecionalidad dispositiva que se haya atribuido al *trustee*. Cuando se trata de un *accumulating trust*, el poder de disposición, siempre de acuerdo con las instrucciones de la persona que constituyó el *trust*, recae sobre el *trustee*. Los beneficiarios no tienen derecho a percibir inmediatamente los rendimientos obtenidos por el *trust*, al contrario de lo que sucede en los *life interest trust* o los *discretionary trust*. Este dato —cuál es el margen de discrecionalidad del *trustee* a la hora de disponer sobre los

⁴²⁰ Cfr. BAKER, P., *Double Taxation...*, cit. 1994, pp. 229 y 230, VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 65 y DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, cit., p. 181.

⁴²¹ Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., pp. 65 y 89 y DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, cit., p. 101.

rendimientos percibidos-, es relevante para determinar el concepto de beneficiario efectivo en los convenios de doble imposición⁴²².

El término *beneficial ownership* también aparece en algunas normas tributarias distintas del *trust*⁴²³. Su significado se ha desarrollado fundamentalmente a través de la jurisprudencia. Sin embargo, a pesar de que los distintos pronunciamientos señalan algunas características que le son propias, no formulan una definición completa y precisa del concepto de beneficiario efectivo⁴²⁴.

DU TOIT⁴²⁵ sistematiza en seis las características que se desprenden de dichos pronunciamientos. En primer lugar, ser formalmente el titular de un bien sin tener cierto margen para disponer del mismo como si fuera propio no es suficiente. Los derechos inherentes a la condición de beneficiario efectivo deben estar protegidos jurídicamente, por lo que el beneficiario efectivo puede acudir a la jurisdicción competente para hacer valer sus derechos. En tercer lugar, si se adquiere algo pero con la obligación de entregarlo a un tercero, no se tiene la condición de beneficiario efectivo respecto a lo adquirido. El beneficiario efectivo disfruta y dispone del bien, pero también soporta sus cargas. En último lugar, DU TOIT señala que de la jurisprudencia no se extrae el número o el nivel de "derechos de propiedad"

⁴²² En este sentido señala DE ARESPOCHAGA, J., *El trust...*, cit., p. 86, que "se suele aceptar en la doctrina que una persona receptora de renta puede ser considerada como el beneficiario último y efectivo a efectos tributarios si no ha asumido la obligación de transferir o ceder dicha renta a un tercero. Trasladando este criterio al contexto del *trust* podría concluirse que los beneficiarios perceptores de rentas provenientes de un *life interest trust* o de un *discretionary trust* serían considerados como los beneficiarios efectivos en relación con la eventual aplicación de un convenio de doble imposición, mientras que tratándose de un *accumulating trust* (en el que no se prevé un flujo de rentas a favor de los beneficiarios) serían los *trustees* los considerados como beneficiarios efectivos". En este sentido, AVERY JONES, J., *et al.*, "The Treatment of Trust...", cit., pp. 391 y 393.

⁴²³ Hay que significar que el concepto de *beneficial ownership* del Derecho anglosajón no es exclusivo del Derecho tributario. Por este motivo señala DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, cit., p. 100 que no existe un concepto propio del Derecho tributario.

⁴²⁴ Esta parte del trabajo se ha elaborado a partir del estudio del concepto de *beneficial ownership* en los sistemas anglosajones realizado por DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, cit., pp. 99 a 143 y 197 a 204. Sobre ello pueden verse también FABER, P., "Determining the Owner of an Asset For Tax Purposes", *Taxes-The Tax Magazine*, núm. 12, 1983, pp. 795 a 812, CUNNINGHAM, N.; SCHENK, D., "Taxation Without Realization: A Revolutionary Approach to Ownership", *Tax Law Review*, núm. 4, 1992, pp. 725 a 814, ROWLAND, A., "Beneficial Ownership in a Corporate Context: What is It? When is It Lost? Where does It Go?", *BTR*, núm. 3, 1997, pp. 178 a 187 y VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., pp. 65 a 68.

⁴²⁵ DU TOIT, C., *Beneficial...*, cit., p. 200.

(*ownership rights / ownership attributes*) que es necesario tener para ser el beneficiario efectivo.

Algunas de las características enumeradas pueden tenerse en cuenta para construir el concepto de Derecho internacional tributario. Así, se desprende que el beneficiario efectivo de un bien o de un rendimiento debe tener libertad para disponer del mismo. Si está obligado a entregarlo a un tercero, nunca podrá ser considerado beneficiario efectivo. Además, no debe tratarse de una mera situación de hecho, sino que su posición debe estar protegida jurídicamente. Por lo tanto, el acento del concepto de beneficiario efectivo en dichos sistemas, al igual que sucedía con la figura del *trust*, se proyecta sobre la persona que tiene derecho a disponer efectivamente de un determinado objeto.

Desde el punto de vista de los sistemas jurídicos de Derecho civil, el concepto *beneficial ownership* puede ser difícilmente inteligible. En estos sistemas el derecho de propiedad, como señala el art. 348 del Código Civil español, "es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes". Sobre un mismo bien sólo puede existir un propietario. No es posible que existan diferentes niveles de propiedad sobre un mismo bien, como parece que sucede en el Derecho anglosajón, jurídicamente no cabe distinguir entre un propietario formal (*legal owner*) y un propietario económico o material (*beneficial owner*)⁴²⁶.

No obstante, hay que reparar que sí cabe en los ordenamientos de Derecho civil, como parece obvio, que personas distintas del propietario puedan disfrutar de derechos derivados de la propiedad, como consecuencia de una relación jurídica obligatoria (derecho personal) o en virtud de un derecho real⁴²⁷. Así, por ejemplo, el

⁴²⁶ Señala DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 422, refiriéndose al negocio fiduciario que "se le censura especialmente por el desdoblamiento que supone de la propiedad en material y formal, con la consiguiente creación de derecho reales extraños al ordenamiento".

⁴²⁷ Como señala DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995. 4ª ed., p. 95 la propiedad es el prototipo o el paradigma de los Derecho reales, en la medida en que el propietario puede gozar, disfrutar y disponer de la cosa. Al lado de la propiedad, existen otros derechos que, aunque recayendo sobre cosas ajenas, merecen la consideración de derechos reales, pues permiten a sus titulares el ejercicio de facultades derivadas de disfrute y explotación y les permiten dirigirse o accionar directamente contra los terceros. Lo anterior también es posible a través

usufructuario de unas acciones de una Sociedad Anónima tiene derecho a percibir los dividendos acordados por una sociedad durante el usufructo (art. 67.1 LSA). En el caso del usufructo, no habría ningún problema para calificar al usufructuario como *beneficial ownership* de los dividendos, aunque desde el punto de vista del Derecho civil de los ordenamientos no es propietario de las acciones⁴²⁸. Solamente ejerce una de las facultades derivadas de la propiedad, el derecho de adquisición de los frutos (*ius fruendi*), como consecuencia del usufructo (art. 471 del Código Civil). En este sentido, tal y como se formula el concepto anglosajón, el usufructuario es un *beneficial ownership* respecto al rendimiento, porque lo adquiere para sí y puede disponer libremente sobre la aplicación que desea darle al rendimiento obtenido⁴²⁹.

Por lo tanto, el concepto internacional de beneficiario efectivo no debe poner su acento tanto en la consideración formal de tener la condición de propietario. El concepto internacional de beneficiario efectivo debe referirse a la persona que tiene derecho a obtener el rendimiento, siempre y cuando pueda disponer libremente sobre la aplicación que quiere darle al mismo.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta que la cuestión no es completamente ajena, como en principio podría parecer, si se examina exclusivamente desde el punto de vista de la regulación del derecho de propiedad en los ordenamientos de Derecho civil.

Si se presta atención a las normas tributarias de estos Estados, puede llegarse al mismo resultado. A este respecto, hay que referirse a las normas tributarias en materia de imputación y atribución de rendimientos. En este sentido, tiene una importancia especial la teoría de la "propiedad económica" (*wirtschaftliche Eigentum*) del Derecho positivo alemán recogida en el ámbito legislativo en el parágrafo 39 de la

de un derecho personal. Por lo tanto, junto al propietario de un bien, pueden existir otros sujetos que, en virtud de un derecho personal o real, pueden ejercer derechos derivados de la propiedad, pero sin ser jurídicamente los propietarios de ese bien.

⁴²⁸ Cfr. VOGEL, K., *On Double...*, cit., p. 562.

⁴²⁹ No existiría verdaderamente *ius fruendi* si se tiene la obligación de entregar a un tercero los frutos obtenidos, porque no existe apropiación de los mismos.

Abgabenordnung (AO)⁴³⁰. Según el párrafo 39, la regla general es la atribución de los bienes a efectos tributarios según las normas en materia de propiedad del Derecho civil⁴³¹. Normalmente la propiedad del bien según el Derecho civil y la disponibilidad económica del bien irán parejas. No obstante, en determinados casos la propiedad de los bienes no discurre parejamente con el poder de disposición de los mismos, de manera que podría cuestionarse la corrección de su atribución a quien no tiene tal poder de disposición desde el punto de vista del principio de capacidad económica. Cuando existe tal disparidad, el Derecho tributario alemán atribuye el bien al sujeto que ejerce el poder de disposición sobre el bien económico, a pesar de que según el Derecho civil no sea formalmente el propietario⁴³².

Como señala la profesora COMBARROS, el concepto de "propiedad económica" no es más que un criterio especial de imputación del Derecho tributario tendente a modificar los esquemas jurídico-privados de la propiedad⁴³³. El párrafo 39 de la AO señala expresamente como un supuesto de propiedad económica los negocios fiduciarios. En estos casos, los bienes deben imputarse al fiduciante y no al

⁴³⁰ Cfr. COMBARROS VILLANUEVA, V.E., "La interpretación económica como criterio de interpretación jurídica (Algunas reflexiones a propósito del concepto de propiedad económica del Impuesto sobre el Patrimonio)", *REDF*, núm. 44, 1984, p. 487. Como señala la profesora COMBARROS, el concepto de propiedad económica es una manifestación de la interpretación económica, entendida ésta como una expresión de la interpretación teleológica de las normas jurídicas. En su opinión, el concepto alemán también tiene cabida en las normas sobre atribución e imputación del impuesto español sobre el patrimonio. *Hay que significar que las leyes de los distintos impuestos españoles se remiten generalmente al impuesto sobre el patrimonio, respecto a las reglas de atribución e imputación.*

⁴³¹ El párrafo 39.1 de la AO dice: "Imputación (1) Los bienes se imputarán al propietario. (2) No obstante lo dispuesto en el apartado 1, regirán los siguientes preceptos: 1º Cuando una persona distinta del propietario ejerza el dominio efectivo sobre un bien de modo tal que, por regla general y durante la vida útil del bien, puede excluir al propietario en el aspecto económico de toda actuación sobre el bien, éste se imputará a dicha persona. En los casos de relaciones fiduciarias, los bienes se imputarán al fiduciante, en los de propiedad en garantía al dador de ésta y en los de posesión civil al poseedor". Hemos utilizado la traducción de PALAO TABOADA, C., *Ordenanza Tributaria Alemana*, IEF-Ministerio de Hacienda, Madrid, 1980, p. 76.

⁴³² La profesora COMBARROS, "La interpretación...", *cit.*, pp. 488 y 489 señala los ejemplos de los bienes adquiridos con reserva de dominio, los negocios fiduciarios y el contrato de *leasing*. En el primero, se atribuye el bien al comprador desde el momento que incluye en el pasivo la obligación por el precio de compra. En el contrato de *leasing* no financiero, se atribuye el bien al arrendatario financiero, a pesar de no ser formalmente el propietario hasta que ejercite la opción de compra.

⁴³³ COMBARROS VILLANUEVA, V.E., "La interpretación...", *cit.*, p. 523. Como señala en la página 497, "no hay ni una supremacía, ni una subordinación del Derecho impositivo respecto del Derecho civil, de modo que, aunque efectivamente el legislador tributario puede seguir las configuraciones civilistas, sin embargo, no está obligado a ello". Sobre la relación entre el Derecho civil y el Derecho tributario véase el trabajo del profesor RAMALLO MASSANET, J., "Derecho fiscal...", *cit.*, pp. 7 a 37.

fiduciario, porque éste último no dispone económicamente de los mismos debido al pacto de fiducia⁴³⁴.

Para precisar cuándo nos encontramos ante un supuesto de propiedad económica hay que analizar particularizadamente cada caso, para determinar quién es el sujeto que tiene el dominio efectivo del bien. A este respecto, la doctrina y la jurisprudencia alemanas han ido decantando una serie de requisitos. De entre ellos, el principal es el derecho de disfrute del bien, como uno de los derechos fundamentales de la propiedad, ejercido de tal manera que excluya al propietario. Junto a ellos se tiene en cuenta como un dato trascendental la asunción de cargas que normalmente corresponden al propietario, así como el riesgo de pérdida o destrucción del bien; la facultad de administrar o disponer del bien y de sus frutos conforme a la finalidad económica perseguida y, por último, la circunstancia de que el dominio sea duradero⁴³⁵.

Como se puede observar, la configuración del concepto del beneficiario efectivo en el Derecho anglosajón no es muy diferente del concepto de "propiedad económica" utilizado en la legislación tributaria a la hora de atribuir e imputar bienes y rendimientos al sujeto pasivo. El Derecho tributario anglosajón, a diferencia del Derecho tributario continental, no necesita de una norma tributaria específica que corrija las normas civiles en materia de propiedad, porque su configuración ya reúne los presupuestos tenidos en cuenta por el Derecho tributario en cuanto a quién debe ser el sujeto que debe tributar por un concreto rendimiento. Lo relevante en uno y otro

⁴³⁴ También debe adoptarse la misma solución en Derecho español como señala el profesor PALAO TABOADA, C., en VV.AA., *Comentarios a la Ley del IRPF*, Civitas, Madrid, 1983, p. 49. No obstante, éste no es el mejor ejemplo de "propiedad económica", porque en el Derecho civil alemán no se considera que el fiduciante transmita efectivamente la propiedad al fiduciario como consecuencia de este negocio jurídico. Por lo tanto, el Derecho tributario no se aparta en este caso del Derecho civil, ya que la imputación a efectos tributarios se realiza justamente al titular según el Derecho civil, esto es, el fiduciante. Como advierte DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, cit., p. 419 "la función conformativa del negocio, que tiene la causa en nuestro Derecho, no permite que el fiduciario, como tal, adquiera la propiedad plena y definitiva de la cosa confiada".

⁴³⁵ Cfr. COMBARROS VILLANUEVA, V.E., "La interpretación...", cit., p. 529. Respecto al negocio fiduciario, aunque no sea el mejor ejemplo, por lo señalado, dice DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 433 y 434 que "los frutos naturales y civiles, accesiones de la cosa, bonos, nuevas acciones, premios atribuidos a los valores confiados, etc., corresponden al fiduciante. Pero también el fiduciante -y no el fiduciario- pecha con la responsabilidad por el impago de cargas y contribuciones, de los daños que ocasionen animales, heredad de caza, edificios y explotaciones industriales [...] y soportará, además, la depreciación de lo confiado".

caso, bien directamente en las normas civiles sobre titularidad jurídica, o bien indirectamente a través de las normas tributarias sobre atribución e imputación de rentas, es determinar quién dispone efectivamente del rendimiento o del bien. En este sentido, el concepto internacional de beneficiario efectivo debe tener en cuenta, de algún modo, esos aspectos, dado que el sustrato que tiene en los ordenamientos que se toma, también se encuentra, aunque en las normas tributarias, en ordenamientos no anglosajones.

Teniendo presente lo expuesto hasta ahora, se propone la siguiente definición del concepto internacional de beneficiario efectivo, sobre la que se profundizará a continuación: *el beneficiario efectivo es la persona que teniendo derecho a obtener el rendimiento puede disponer libremente del mismo.*

Esta definición pretende evitar cualquier alusión a una concreta institución jurídica de los Derechos nacionales. No se trata de construir un concepto de propiedad internacional, sino simplemente de establecer en qué condiciones debe percibirse un rendimiento para ser considerado beneficiario efectivo en el ámbito de los convenios de doble imposición. En cada caso, como sucede tanto en el supuesto de "propiedad económica" como en el *beneficial ownership* anglosajón, habrá que examinar el título que ostenta la persona que reclama la aplicación del convenio, para comprobar si cumple con los requisitos del concepto⁴³⁶.

Al igual que ocurre con el significado del concepto en los sistemas anglosajones, no se trata de una mera situación de hecho. El beneficiario efectivo puede exigir ante la instancia que corresponda el reconocimiento y la ejecución del derecho a obtener y disponer de su rendimiento. Las meras situaciones de hecho, en

⁴³⁶ Cfr. DU TOIT, C., *Beneficial Ownership... cit.*, p. 204. Refiriéndose al contrato de *leasing* señala COMBARROS, "La interpretación...", *cit.*, p. 489, que para imputar el bien objeto del contrato al tomador habrá que analizar el contrato. Por regla general, se atribuyen al tomador los objetos del contrato cuando la vida útil ordinaria de los mismos es considerablemente superior al período básico del arrendamiento y el tomador tiene un derecho de opción de prórroga o compra, por cuyo ejercicio tiene que pagar una cantidad que, por su insignificancia, no tiene el carácter de una contraprestación por la utilización. En este sentido, es relevante, en nuestra opinión, tomar en consideración las normas contables. Solamente se da de alta el bien objeto del contrato en la contabilidad del tomador cuando no existen dudas razonables de que se vaya a ejercitar la opción de compra o renovación. Este es el criterio seguido también por la normativa del impuesto sobre sociedades, para autorizar la deducción de las amortizaciones practicadas contablemente (art. 11.3 LIS).

precario, impiden calificar a un sujeto como el beneficiario efectivo de un rendimiento que materialmente puede llegar a disfrutar.

Ambos requisitos, derecho a obtener y a disponer, deben darse conjuntamente, es decir, debe existir apropiación efectiva del rendimiento obtenido, lo cual implica que el beneficiario efectivo puede disponer del mismo. El término “disponer” debe interpretarse en un sentido amplio. Consiste básicamente en decidir cuál es el destino del rendimiento. El beneficiario efectivo tiene derecho a decidir *libremente* el destino del rendimiento que percibe. Podrá gastarlo, cederlo gratuitamente a un tercero, aplicarlo a otra inversión, asignarlo para atender una serie de gastos, etc. Lo relevante es que esa decisión sea libre, es decir, que sólo se es beneficiario efectivo cuando puede decidir por sí mismo sobre cómo se va a disponer del rendimiento obtenido. Como parece obvio, si se percibe algo con la obligación de ponerlo a disposición de un tercero, no existe apropiación efectiva del rendimiento, ni tampoco se está disponiendo libremente del mismo cuando se pone a disposición de un tercero.

Este segundo aspecto, la disposición libre o efectiva del rendimiento puede parecer a primera vista sencillo. No se cumpliría este particular cuando se percibe algo pero teniendo la obligación de transmitir a un tercero. Sin embargo, la respuesta no es tan sencilla. Como veremos, es en las estructuras *treaty shopping* indirectas, especialmente las *stepping stone conduits*, donde el concepto encuentra las mayores dificultades de aplicación. Como sabemos, los rendimientos que percibe la sociedad intermedia desde el Estado de la fuente, se compensan con un gasto que deriva con una sociedad en un tercer Estado. El rendimiento generado en el Estado de la fuente fluye vía gasto al tercer Estado.

Aunque luego volveremos sobre ello, a primera vista la sociedad conductora o intermedia percibe y tiene derecho a disponer libremente de los rendimientos percibidos. Solamente desde un punto de vista económico o material, el ingreso generado por la obtención del rendimiento se asigna al gasto facturado por la sociedad residente en el tercer Estado. Pero la decisión de realizar la operación que genera el gasto es independiente de la obtención del rendimiento y parece razonable sostener

que se adopta libremente. No obstante, el grado de libertad de estas operaciones puede verse cuestionado cuando la sociedad intermedia está controlada por residentes en terceros Estados. Es necesario enjuiciar hasta qué punto el control que ejerce una sociedad sobre otra restringe o elimina la autonomía de la sociedad intermedia para disponer de los rendimientos percibidos⁴³⁷.

Sin perjuicio de este supuesto, hay que resaltar que la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado en términos análogos a los aquí propuestos en cuanto a la definición del concepto de beneficiario efectivo.

b) La interpretación del concepto en la doctrina y en la jurisprudencia

Para el *International Bureau of Fiscal Documentation* (IBFD)⁴³⁸ la expresión *beneficial ownership* se emplea para describir una situación en la que la persona que verdaderamente tiene derecho a un rendimiento, lo percibe a través de una tercera persona que actúa en nombre propio. El beneficiario efectivo no tiene por qué ser formalmente el titular del rendimiento, es decir, quien jurídicamente tiene el *ius fruendi*. Para que el convenio sea aplicable, no es suficiente que el perceptor sea la persona que formalmente tiene derecho al mismo, sino que lo sea también desde un punto de vista económico o material (*economic or beneficial owner of the income*).

El IBFD equipara el beneficiario efectivo al sujeto que materialmente –o económicamente– dispone (*avail*) del rendimiento. Para ello describe un supuesto en el que se transmite el derecho a obtener un rendimiento a una persona, pero con la obligación de transferir el rendimiento una vez obtenido. Aunque formulado de

⁴³⁷ BAKER, P., *Double Taxation...*, cit., p. 230, plantea perfectamente la cuestión. Lo determinante es saber si este requisito es aplicable a los casos en que una sociedad está controlada, o lo que es lo mismo, el capital pertenece a sociedad residente en terceros Estados. En estos supuestos, en su opinión, parece razonable pensar que los beneficiarios últimos de los rendimientos de la sociedad controlada serán sus partícipes, a pesar de que no exista obligación legal de entregar a éstos los rendimientos. La cuestión es si, admitiendo lo anterior, es posible negar a la sociedad controlada la condición de beneficiario efectivo con respecto a los rendimientos que recibe. Si se admite lo anterior, el concepto de beneficiario efectivo no sólo tendría la función de negar la aplicación de los beneficios del convenio a agentes, meros mandatarios o depositarios (*bare trustees*), sino también de excluir a las sociedades establecidas con la única finalidad de acceder a los beneficios del convenio, beneficios que, de otra manera, no serían objeto de aplicación.

⁴³⁸ IBFD, "Further attacks on treaty shopping", *ET*, núm. 5/6, 1981, p. 143.

manera distinta, esta postura está claramente en sintonía con la aquí expuesta. La persona que percibe el rendimiento debe a su vez disponer libremente del mismo. Solamente si puede disponer libremente del rendimiento puede sostenerse desde un punto de vista económico o material que se beneficia del mismo, o lo que es lo mismo, se produce un aprovechamiento efectivo del rendimiento. Si lo percibe con la obligación de transmitirlo a un tercero, no dispone libremente del rendimiento, sino que lo hace en cumplimiento de una obligación previa. No se beneficia del rendimiento percibido. Otra cosa es que por el hecho de actuar como intermediario pueda ver retribuida de alguna manera esa función.

Para VOGEL lo relevante es quién se beneficia materialmente de ese rendimiento, con independencia de quién es formalmente el titular⁴³⁹. Para ello, se detiene en dos aspectos: por un lado, el derecho a disponer de los activos que generan los rendimientos; y, por otro, el derecho a disponer de los rendimientos que los mismos generan. Sólo nos referiremos al segundo, dado que el concepto de beneficiario efectivo se proyecta sobre el rendimiento.

VOGEL sostiene que el beneficiario efectivo es quien tiene derecho a disponer / utilizar el rendimiento. Lo que cualifica al perceptor como beneficiario efectivo es la *libertad* para disponer del rendimiento percibido (*power of disposition*). Posteriormente, a la hora de examinar qué trabas (*fetters*) a dicha libertad pueden hacer perder la condición de beneficiario efectivo, analiza los casos en que la sociedad intermedia está controlada, como suele suceder, por residentes en Estados que no forman parte del convenio⁴⁴⁰. Posteriormente profundizaremos sobre este aspecto.

⁴³⁹ VOGEL, K., *On Double...*, cit., pp. 562 y 563. También parecen sostener esta postura VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, cit., p. 10-33. Sostienen estos autores que lo relevante no es el aspecto formal, sino el aspecto material. Así, lo importante del derecho a percibir el dividendo es la posibilidad de controlar el uso y cómo se dispone del mismo. El "beneficio inherente" a la cláusula del beneficiario efectivo consiste en la capacidad de gastar el importe del dividendo, desprenderse del mismo o de transmitirlo (*the substance of the right to receive dividends is the ability to control the use or disposition of the dividends. Thus the ability to spend the dividends, give them away or sell them demonstrates the benefit inherent in the term beneficial owner*).

⁴⁴⁰ VOGEL indica que esas trabas pueden tener carácter legal o de hecho (*may be legal or merely factual*). DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, cit., p. 149, como sabemos, sostiene que el concepto de beneficiario efectivo no es una mera cuestión de hecho, sino que el Derecho debe amparar su disposición. Por este motivo, critica la afirmación anterior de VOGEL. No obstante, conviene examinar esa afirmación desde un punto de vista distinto, desde el cual las posturas de ambos autores son concordantes. Las restricciones de hecho (*factual fetters*) que menciona VOGEL se refieren a los

DŪ TOIT define el concepto de beneficiario efectivo como la persona cuya propiedad tiene más peso que la de cualquier otra persona (*the beneficial owner is the person whose ownership attributes outweigh that of any other person*)⁴⁴¹. Desde el punto de vista de los sistemas de Derecho civil quizás esta definición no tenga mucho sentido. Ello se debe a que este autor construye el concepto en el ámbito de los convenios de doble imposición a partir del significado atribuido por los sistemas jurídicos de Derecho anglosajón. No obstante, de su estudio claramente se desprende que su interpretación del concepto coincide con la aquí expuesta. El beneficiario efectivo del rendimiento puede disponer libremente del mismo y su posición esta amparada por el Derecho⁴⁴².

Los escasos pronunciamientos judiciales sobre esta materia parecen acercar el significado al aquí propuesto.

En el asunto *Aiken*, resuelto en el año 1971, el Tribunal Supremo de EEUU declaró⁴⁴³:

supuestos de sociedades intermedias controladas por terceros residentes. Al ser entes distintos, no puede hablarse de que el *control* implique por si mismo una traba jurídica al derecho a disponer libremente del bien. Se trata más bien de una cuestión de hecho.

⁴⁴¹ DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, cit., p. 212.

⁴⁴² Especialmente véase la nota 479 *in fine* (p. 219) y la página 222 en la que afirma que la cuestión del beneficiario efectivo se refiere a si la persona *puede disponer libremente (freely avail)* del rendimiento recibido.

⁴⁴³ El supuesto de hecho es el siguiente: La sociedad A, residente en las Bahamas, concede un préstamo a la sociedad C, residente en EEUU. El pago de los intereses y el capital del préstamo se instrumenta a través de un pagaré. El capital de C pertenece íntegramente a la sociedad B, también residente en EEUU y cuyo capital, a su vez, pertenece prácticamente en su integridad a la sociedad A. La sociedad A transmite el pagaré señalado a la sociedad E, residente en Honduras a cambio de nueve pagarés a la orden que representan el mismo montante de intereses que el pagaré recibido y con la misma fecha de vencimiento. El capital de la sociedad E pertenece en su integridad a la sociedad D, residente en Ecuador, cuyo capital pertenece en su integridad a la sociedad B. La sociedad C, residente en EEUU, paga los intereses a la sociedad E, residente en Honduras, y esta, a su vez, cumple con la obligación existente bajo los 9 pagarés, y paga a la sociedad A. El supuesto de hecho, ciertamente complicado, puede resumirse como un supuesto en que dos sociedades del mismo grupo (la sociedad que controla todas las que forman el grupo es la sociedad A, que concede el préstamo, Bahamas) realizan una operación para *modificar el Estado desde el que se obtienen los rendimientos*, de las Bahamas (sociedad A) a Honduras (sociedad E). La sociedad matriz controla indirectamente el capital de todas las sociedades que intervienen a través de la sociedad B, residente en EEUU. El único fin es obtener el rendimiento desde Honduras, porque a diferencia que con Bahamas, sí existe convenio de doble imposición. Se realiza una operación *stepping stone*, con el fin de que los rendimientos no sufran tributación alguna en el Estado intermedio (Honduras). Los intereses que se pagan desde EEUU, coinciden exactamente con los que la sociedad intermedia paga al titular original por la cesión del préstamo, por lo tanto no percibe beneficio alguno, porque los ingresos se transforman en gastos.

"el término recibido por (*received by*) significa que los intereses son percibidos por una sociedad por cuenta propia y no con la obligación de transmitirlos a un tercero. La expresión *received by* no se refiere simplemente al hecho de recibir materialmente con carácter temporalmente [esos rendimientos] sino que se refiere al control y dominio sobre los mismos"⁴⁴⁴

Esta resolución maneja básicamente dos ideas. Por un lado, los rendimientos deben percibirse para sí; y, por otro, el perceptor debe tener el *dominion and control over the funds*. Esas dos ideas pueden fundirse en una sola: el perceptor dispone libremente del rendimiento. Solamente se tiene el control sobre el rendimiento, si quién lo percibe puede disponer libremente sobre el mismo. Si se obtiene con la obligación de transmitirlo a un tercero, no se percibe para sí, ni tampoco el perceptor tiene el derecho a disponer libremente del rendimiento. Así las cosas, esta resolución judicial mantiene criterios similares a los aquí propuestos. No obstante, el supuesto de hecho resuelto es un caso *stepping stone conduit*, que puede plantear dudas acerca de la eficacia de la cláusula del beneficiario efectivo.

El segundo pronunciamiento judicial que aborda esta cuestión es la resolución del Tribunal Supremo holandés (*Hoge Raad*) de 6 de abril de 1994, en el asunto *Royal Dutch Oil*, a la que ya hemos hecho referencia en el primer apartado. Se pronuncia en los siguientes términos:

"El contribuyente es titular de los cupones que permiten obtener el dividendo como resultado de su adquisición. Con posterioridad a su adquisición, el contribuyente pudo *disponer libremente* (*freely avail*) de los mismos. Asimismo, una vez que el pago del dividendo se hizo efectivo, podía disponer libremente del numerario. Cuando percibió el dividendo no actuó en calidad de gestor de negocios ajenos ni por cuenta de un tercero. Teniendo en cuenta estas circunstancias, el contribuyente era el beneficiario efectivo del dividendo"⁴⁴⁵

Esta resolución expresa con claridad la posición expuesta hasta ahora. Solamente se tiene la condición de beneficiario efectivo si el que percibe el

⁴⁴⁴ El convenio cuya aplicación se reclama es el celebrado entre EEUU y Honduras. Al ser anterior a 1977, no contiene la cláusula del beneficiario efectivo. No obstante, como señalan VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, cit., p. 39-40 (art. 10), aunque el Tribunal formalmente se refiere al significado de *received by*, materialmente decide sobre quien es el beneficiario efectivo.

⁴⁴⁵ La traducción se ha realizado a partir de la versión en inglés recogida en VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 76. Hemos traducido como gestor de negocios ajenos el término *voluntary agent*. La versión holandesa, *zaakwaarnemer*, alude a una persona que se ocupa de los asuntos de otra sin mediar una obligación legal o contractual. Lo relevante, en nuestra opinión, es que actúa por cuenta de un tercero y no por cuenta propia. Cuando media un acuerdo contractual, el término es *lasthebber*.

rendimiento tiene derecho a disponer libremente de mismo. Por este motivo, cuando quién percibe el rendimiento es un agente, un mandatario, un fiduciario o un gestor de negocios ajenos, no puede afirmarse que ocupa tal condición, porque al actuar por cuenta de un tercero y no por cuenta propia, tiene obligación de poner a disposición de su mandante el rendimiento percibido. Al existir esa obligación, no se dispone libremente del rendimiento. En definitiva, como señala BORN, de esta decisión judicial se extrae que sólo si el perceptor del pago puede disponer libremente del mismo y no actúa en calidad de agente o de intermediario, es el beneficiario efectivo⁴⁴⁶.

c) El concepto del beneficiario efectivo en los Comentarios al Modelo OCDE y el informe de 1986

Un tercer paso en la elaboración del concepto consiste en examinar cuál es la posición al respecto de la OCDE, posición expresada en los Comentarios al Modelo y en el informe de 1986. Hay que advertir que la doctrina se ha planteado cuál es la posición que ocupan los documentos de la OCDE, especialmente los Comentarios al Modelo OCDE, en los cánones hermenéuticos expresados en los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴⁴⁷. No vamos a prestar atención a este problema, porque, con independencia de que formalmente su inclusión sea difícil, lo relevante es que materialmente las Administraciones tributarias, los tribunales y la doctrina acuden a los mismos a la hora de interpretar los convenios de doble imposición que siguen el Modelo OCDE⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ BORN, H., "Beneficial...", *cit.*, p. 472. OLIVER, D., *et al.*, "Beneficial...", *cit.*, p. 312 señalan que el concepto de beneficiario efectivo que se desprende de esta resolución está muy cercano al significado en los sistemas jurídicos anglosajones, porque el beneficiario efectivo se identifica con los distintos derechos de propiedad que ostentan los sujetos que intervienen.

⁴⁴⁷ Para AULT, H., "The role of the OECD commentaries in the interpretation of tax treaties", *Intertax*, núm. 4, pp. 144 a 148, los Comentarios pueden emplearse como un medio complementario para confirmar la interpretación derivada del art. 31 CVDT o como un instrumento para determinar el significado especial pretendido por las partes (art. 31.4 CVDT). Según PROKISCH, R., "Does it make...", *cit.*, pp. 105 y 106, el art. 31.1 de la CVDT debe interpretarse de la manera siguiente: los términos del convenio deben interpretarse de acuerdo con el sentido corriente atribuido por los conceptos de Derecho internacional tributario. En la elaboración de ese "lenguaje internacional de Derecho internacional tributario" los materiales publicados por la OCDE tienen un papel principal. Por lo que los Comentarios son un instrumento para elaborar esos conceptos de Derecho internacional tributario.

⁴⁴⁸ Con relación al caso español, véase el trabajo de CALDERÓN CARRERO, J.M.; PIÑA GARRIDO, M.D., "Interpretation...", *cit.*, pp. 384 a 383, en el que se citan un gran número de

Los convenios de doble imposición, como se indica en los Comentarios, no deben facilitar el desarrollo de estructuras *treaty shopping*. El concepto de beneficiario efectivo se introduce específicamente para evitar estas estructuras, como expresamente indican los Comentarios (*cfr.* párrafos 7 a 9 del art. 1)⁴⁴⁹. Las referencias se harán a la versión de los Comentarios vigentes. No obstante, tendremos en cuenta las modificaciones propuestas por la OCDE para el año 2002,. En nuestra opinión, estas modificaciones no introducen cambios significativos. Las modificaciones propuestas simplemente introducen algunos aspectos señalados ya por el informe de 1986. Además, señalan que para interpretar el conceptor de beneficiario efectivo deberá tenerse en cuenta las normas internas para evitar la evasión y el fraude fiscal⁴⁵⁰.

La única referencia en los Comentarios a los arts. 10, 11 y 12 sobre el significado de este concepto es la siguiente:

“La limitación del impuesto del Estado de la fuente no se aplica cuando un intermediario, como un agente u otro mandatario, se interpone entre el beneficiario [acreedor] y el pagador [deudor], a menos que el beneficiario efectivo sea residente del otro Estado contratante”⁴⁵¹

Como se puede observar, los Comentarios sólo contemplan el supuesto en el que un intermediario se interpone entre el beneficiario y el pagador. No se define el perfil que debe tener ese intermediario. No obstante, los dos ejemplos que se citan, hacen pensar que se trata de supuestos en los que el perceptor, con independencia de que lo haga en nombre propio o en el de un tercero, *actúa por cuenta de un tercero*,

resoluciones judiciales y administrativas que hacen referencia expresa a los Comentarios al Modelo OCDE. *Cfr.* VOGEL, K., “Tax Treaty News”, *BIFD*, núm. 3, 2000, p. 98.

⁴⁴⁹ *Cfr.* los párrafos 7 a 9 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE.

⁴⁵⁰ En nuestra opinión, la alusión a estas normas no debe modificar la interpretación del concepto aquí propuesta. Esa referencia pretende, a nuestro juicio, legitimar la denegación de los beneficios establecidos por el convenio en la fuente cuando se aprecia que se produce un supuesto de elusión o evasión fiscal. Los supuestos de evasión fiscal se referirían, fundamentalmente, a los supuestos de simulación. En estos casos, entendemos que simplemente no se es beneficiario efectivo. Los supuestos de elusión fiscal, se referirían a los supuestos en los que teniendo la condición de beneficiario efectivo, se aprecia una utilización fraudulenta del convenio. En estos casos, no hay que perder de vista que la carga de probar que se produce un supuesto de fraude a la ley corresponde a la Administración. El contribuyente simplemente tiene que probar que es el beneficiario efectivo.

⁴⁵¹ La traducción se ha realizado partiendo de la del IEF. No obstante, es necesario señalar que el IEF traduce *beneficiary* y *payer* como *acreedor* y *deudor*. Aunque se hace indicación a las dos posibilidades, consideramos que la traducción no indicada entre paréntesis responde mejor al fin de la disposición. Téngase en cuenta que el Modelo normalmente no habla de acreedores ni deudores. Además, como veremos, no necesariamente el acreedor de un rendimiento es el beneficiario efectivo.

es decir, el resultado de su actividad tiene efectos en la esfera de una tercera persona⁴⁵². En este supuesto, aunque podría percibir el rendimiento en nombre propio, al actuar por cuenta de un tercero, tiene la obligación de poner a su disposición lo percibido⁴⁵³.

Con relación exclusivamente a este supuesto, hay que convenir que el fin de la norma se cumple: se niega la aplicación del convenio, porque si no sería el sujeto por cuenta de quien actúa el perceptor quien se beneficiaría del mismo. Ahora bien, no cabe concluir que estas referencias constituyen la definición del concepto y, aunque lo fueran, esta definición sería insuficiente, porque parece razonable pensar que no siempre que existe un intermediario estamos en un supuesto de *treaty shopping*. De todas maneras, los dos ejemplos mencionados parecen hacer alusión a todos aquellos supuestos en los que el perceptor actúa por cuenta de un tercero.

Desde el punto de vista del concepto de beneficiario efectivo propuesto a partir del concepto anglosajón y el de "propiedad económica", tampoco tendrían esa consideración. En efecto, el mandatario no dispone efectivamente del rendimiento recibido, porque tiene la obligación de ponerlo a disposición de un tercero.

La segunda referencia importante se encuentra en el informe de 1986 sobre las sociedades intermedias o conductoras. El informe señala en su párrafo 14.b) lo siguiente:

"Si la sociedad intermedia no es la *beneficiaria efectiva*, no se aplican en el Estado de la fuente los límites a la imposición real previstos en los artículos 10 a 12 del Modelo OCDE. No se aplican cuando desde un punto de vista económico la reducción o eliminación de la tributación beneficia a un sujeto que no tiene derecho a su aplicación, pero que interpone una sociedad conductora entre él y el pagador del rendimiento para lograr ese fin (párrafos 12, 8 y 4 de los Comentarios a los arts. 10, 11 y 12, respectivamente). Los Comentarios mencionan el supuesto del agente y el mandatario. Esta norma es aplicable también a otros casos en los que se celebra un contrato o en el que se cumplen obligaciones en los que un sujeto realiza funciones análogas a las de un agente o mandatario. Así, una sociedad intermedia normalmente

⁴⁵² Cfr. Díez-PICAZO, L., *La representación...*, cit., p. 58. Como vimos en el primer capítulo, para facilitar el funcionamiento de la estructura *treaty shopping* el agente o el mandatario actuará en nombre propio, para evitar que se conozca por cuenta de quién actúa. Por eso señala VAN WEEGHEL, S. *The Improper...*, cit., p. 72, que la única interpretación con sentido de los Comentarios es aquella en la que el agente o el mandatario actúa en nombre propio.

⁴⁵³ Como señala el art. 1720 del Código Civil, todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones y a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato.

no tiene la condición de beneficiario efectivo, *a pesar de que formalmente sea el titular de determinados activos, si los derechos que puede ejercer sobre los mismos son tan limitados o en débiles (narrow powers)* que le convierten en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las personas interesadas en ese activo (normalmente los accionistas o partícipes de la sociedad intermedia). Sin embargo, en la práctica, será muy difícil para el Estado de la fuente demostrar que la sociedad intermedia no es el beneficiario efectivo. *El hecho de que la función principal de la sociedad intermedia sea la tenencia de activos u otros derechos no es suficiente por sí misma para calificarla como mera intermediaria.* No obstante, el hecho de que sea esa su función principal puede ser indicativo de que es necesario un análisis más profundo de esa sociedad. En cualquier caso, este análisis puede resultar excesivamente gravoso para el Estado de la fuente. Además, incluso en determinados casos el Estado de residencia de la sociedad intermedia no tiene la información suficiente acerca de los partícipes de esa sociedad, otros interesados o sobre el procedimiento de adopción de decisiones de la sociedad”

El informe se pronuncia sobre la posible aplicación del concepto de beneficiario efectivo a las sociedades intermedias, o mejor, si la sociedad intermedia tiene la condición de beneficiario efectivo de los rendimientos que percibe. En la primera parte del trabajo se expusieron las distintas estructuras en las que intervienen sociedades intermedias, por lo que no procede aquí analizar completamente de nuevo su funcionamiento. Sin embargo, conviene recordar algunos aspectos.

Normalmente se transfiere a la sociedad intermedia –o conductora- la titularidad del activo o los derechos que generan o permiten, respectivamente, exigir los rendimientos que se generan en el Estado de la fuente. En otros casos, por el contrario, la propia sociedad intermedia es la titular originaria del activo. Piénsese en el supuesto que los intereses que se pagan, lo son como consecuencia de un préstamo que concede la sociedad intermedia.

En uno y otro caso, como se dijo, cuando se utiliza una sociedad intermedia es necesario –para no perder el beneficio fiscal que se obtiene por la obtención del rendimiento desde una jurisdicción con un convenio favorable con el Estado de la fuente- que el rendimiento que obtiene no tribute, o lo haga mínimamente, en el Estado donde está establecida. Ello se produce cuando el rendimiento percibido disfruta de un régimen tributario especial (estructura directa o *direct conduit*) o bien porque el ingreso que el rendimiento produce se compensa con un gasto generado en un tercer Estado (estructura indirecta o *stepping stone conduit*). Así, el rendimiento obtenido en la fuente fluye vía gasto hacia un tercer Estado.

En ambas estructuras la sociedad intermedia percibe los rendimientos en su propio nombre y por cuenta propia. No existe, en principio, obligación de transferir a un tercero los rendimientos percibidos. Otra cosa es que vía gasto o a través de la distribución de beneficios, según el caso, los ingresos que producen esos rendimientos se transfieran a terceras personas, como por ejemplo, a los partícipes cuando se distribuyen dividendos, o a otros sujetos, normalmente vinculados, a través de la refacturación. Esta segunda operación –la transferencia de los rendimientos percibidos– suele ser jurídicamente independiente.

Teniendo presente estas puntualizaciones, conviene destacar que la primera parte del párrafo transcrito del informe no se refiere a estos supuestos, sino que hace alusión a una sociedad intermedia que actúa en calidad de agente o mandatario. Cuando lo hace en esos términos, está actuando *por cuenta de un tercero*⁴⁵⁴, revirtiendo los resultados de su actuación en una tercera persona. Eso significa que la sociedad intermedia debe poner a disposición de su mandante (representado) los rendimientos percibidos. Negar en estos casos los beneficios del convenio puede ser razonable, porque en este tipo de situaciones se está permitiendo que sujetos que no tienen derecho a la aplicación de un convenio accedan indirectamente a sus beneficios. Si no se deniegan aquí los beneficios del convenio, bastaría percibir los rendimientos a través de un agente o mandatario residente en un Estado con un convenio favorable con el Estado de la fuente, al efecto de minimizar en este último Estado la imposición por obligación real.

A continuación, el informe menciona un supuesto algo distinto. Se trata de una sociedad que jurídicamente es titular de un determinado activo, pero que “los derechos que puede ejercer sobre [el mismo] son tan limitados o restringidos (*narrow powers*) que le convierten en un *mero fiduciario* o administrador que actúa por cuenta de las personas interesadas en ese activo”.

⁴⁵⁴ Tanto en los sistemas jurídicos de Derecho civil como en los de Derecho anglosajón, en todos los supuestos de representación –entre los que se encuentra el contrato de agencia– el representante actúa por cuenta de un tercero. Cfr. VERHAGEN, H., *Agency in Private International Law: The Hague Convention on the Law Applicable to the Agency*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1995, citado por DU TOIT, C., *Beneficial Ownership... cit.*, pp. 229 a 234.

Como se desprende de su tenor, aunque la sociedad intermedia no actúa formalmente como un agente o mandatario, *sigue actuando por cuenta de un tercero y no por cuenta propia*. A eso entendemos que se refiere el informe cuando dice que “se actúa por cuenta de las personas interesadas en ese activo” (*acting on account of the interested parties*). El parámetro para determinar ese aspecto consiste en la extensión de los derechos que se tiene sobre el activo. No obstante, no señala cuál es el punto a partir del cual se pasa de actuar por cuenta propia a hacerlo por cuenta de un tercero.

De hecho, tampoco la OCDE parece tener claro lo anterior, porque considera que no puede tratarse como un mero intermediario a una sociedad por el simple hecho de que su finalidad principal constituya la tenencia de activos u otros derechos. Tal y como sigue el informe, parece que lo que determina los *narrow powers* es el hecho de que la sociedad intermedia esté vinculada con la sociedad a la que transfiere los rendimientos percibidos –bien porque tenga una participación significativa, o total, en el capital de la sociedad intermedia, o bien porque la matriz de ambas sociedades sea la misma-. Lo que determinaría, entonces, que la sociedad intermedia tenga *narrow powers* sobre los rendimientos que percibe, es la influencia que puede tener sobre la decisión de transferirlos a otra sociedad, el hecho de que se encuentre controlada por la sociedad a la que los transfiere, o bien por una tercera sociedad. En suma, la decisión sobre el destino de los rendimientos que percibe no es libre, sino que corresponde, o está significativamente influenciada, por otra sociedad, a través del control que ejerce sobre la sociedad intermedia. A todos estos aspectos, en nuestra opinión, parece referirse el informe cuando indica que es necesario realizar un examen más exhaustivo de la sociedad intermedia.

No obstante, el informe no señala criterio alguno para determinar cuándo la relación de control que existe entre los sujetos que intervienen priva o limita los derechos que tiene sobre los rendimientos percibidos la sociedad intermedia, de tal manera que, cuando dispone de ellos, no lo hace libremente y, por lo tanto, no está actuando por cuenta propia sino por cuenta de un tercero. Asimismo, tampoco hace mención alguna al supuesto de la estructura *stepping stone*, en la que no es imprescindible que la sociedad intermedia esté vinculada con el pagador y el perceptor.

último de los rendimientos (préstamos *back to back*). Sobre ello volveremos posteriormente.

Las consecuencias más relevantes que pueden extraerse es que los sujetos que actúan por cuenta ajena no pueden tener la consideración de beneficiarios efectivos. En estos casos, quien percibe el rendimiento no dispone efectivamente del mismo, pues tiene la obligación de ponerlo a disposición de un tercero. Tampoco la actividad que desarrolla la sociedad intermedia parece ser un dato determinante, como expresamente señala el informe. Lo relevante es cómo dispone del rendimiento. En este sentido, no se precisa en qué condiciones el *control* que ejerce una sociedad sobre otra determina una limitación en el derecho a disponer libremente de los bienes y derechos de los que es titular.

De lo expuesto, se puede colegir que los Comentarios y el informe de 1986 se acercan a lo aquí expuesto. Ambos documentos excluyen a los agentes, mandatarios y fiduciarios⁴⁵⁵. Al actuar por cuenta de un tercero, tienen la obligación de poner a disposición de un tercero el rendimiento percibido, por lo que no puede afirmarse que dispongan libremente de lo percibido. El informe, aunque implícitamente, menciona que para ser beneficiario efectivo es necesario disponer libremente del rendimiento. Por ese motivo señala que no es beneficiario efectivo aquel sujeto que aunque formalmente es el titular de un activo, los derechos que puede ejercer sobre el mismo son muy limitados (*narrow powers*). En nuestra opinión, aunque en términos distintos, el informe hace referencia a un poder de disposición limitado. Cuando el perceptor no puede decidir el destino del rendimiento, no existe un verdadero aprovechamiento y apropiación del mismo.

La interpretación propuesta del concepto tiene apoyo en los ordenamientos anglosajones de los que se toma, en las normas en materia de atribución e imputación de rentas, así como en los trabajos de la OCDE. En este sentido, el concepto de beneficiario efectivo cumple también con el objetivo perseguido con su introducción, porque permite denegar la aplicación de los convenios a determinadas estructuras

⁴⁵⁵ La referencia expresa a los negocios fiduciarios sólo se encuentra en el informe.

treaty shopping, especialmente a las que se articulan a través de negocios fiduciarios, negocios de cooperación y la figura del *trust*⁴⁵⁶. En estos supuestos el sujeto que percibe el rendimiento no dispone libremente del mismo, porque tiene la obligación de ponerlo a disposición de un tercero. No se obtiene el rendimiento para sí, ni tampoco se tiene la facultad de decidir sobre el destino al que se va a aplicar. Más problemas se plantean en las estructuras *stepping stone*, porque en principio concurren estas características en la sociedad intermedia.

Las modificaciones propuestas a los Comentarios al art. 10, 11 y 12 del Modelo de Convenio para el año 2002 no pueden alterar estas conclusiones. Simplemente se limitan a introducir la parte final del informe de 1986 transcrita, esto es, que “una sociedad intermedia normalmente no tiene la condición de beneficiario efectivo, a pesar de que formalmente sea el titular de determinados activos, si los derechos que puede ejercer sobre los mismos son tan limitados o endeble (*narrow powers*) que le convierten en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las personas interesadas en ese activo”. Por otro lado, la referencia a las normas internas en materia de evasión y elusión fiscal, debe entenderse en el sentido expuesto al principio de este apartado. Por lo que respecta a los supuestos de evasión fiscal, normalmente se concretarán a través de un supuesto de simulación. Estos supuestos pueden corregirse perfectamente a través del concepto de beneficiario efectivo formulado. Cuando se trata de un supuesto de fraude a la ley, no puede considerarse que se esté denegando la aplicación del convenio porque no se tiene la consideración de beneficiario en el sentido aquí expuesto. Simplemente, la nueva versión de los Comentarios refuerza la aplicación de las normas internas contra el fraude a la ley. Pero conviene aclarar que la denegación del convenio no se produce porque no se es beneficiario efectivo, sino porque teniendo esa condición se ha actuado fraudulentamente⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ Salvo, como hemos precisado al inicio de este apartado, en el supuesto del *accumulating trust* dado que el *trustee* dispone efectivamente de los bienes del *trust*.

⁴⁵⁷ Este razonamiento parece ser el que sigue la Comisión Federal Suiza de apelaciones en cuestiones tributarias (*the Swiss Federal Tax Appeals Commission*) de 28 de febrero de 2001 que comenta REINARZ, P., “Treaty Shopping and the Swiss Withholding Tax Trap”, *ET*, núm. 11, 2001, pp. 420 a 422. Aunque en principio parece que se justifica la denegación del convenio porque el sujeto que solicita su aplicación no tiene la condición de beneficiario efectivo, realmente la Comisión suiza justifica su decisión en el hecho de que dicho sujeto actúa en fraude a la ley tributaria.

d) La aplicación del concepto de beneficiario efectivo a las sociedades intermedias: especial referencia a la estructura *stepping stone*

El concepto de beneficiario efectivo, de acuerdo con el significado propuesto, difícilmente puede servir para denegar la aplicación de un convenio a las sociedades intermedias. Ello sucede tanto en los casos en los que la sociedad intermedia está vinculada con el pagador del rendimiento y la sociedad cuya facturación transforma los ingresos obtenidos en la fuente con gastos que fluyen hacia una tercera jurisdicción, como en los supuestos en que se trata de un sujeto independiente (fundamentalmente en los préstamos *back to back*).

En principio, de acuerdo con el significado propuesto, la sociedad intermedia tiene la condición de beneficiaria efectiva de los rendimientos que percibe. En el supuesto de una *stepping stone conduit* de intereses, la sociedad intermedia es el beneficiario efectivo de los intereses generados en el Estado de la fuente. Esta sociedad tiene derecho a percibirlos, bien porque sea el titular del contrato de préstamo o bien porque haya adquirido el derecho a percibir esos intereses. Además, la sociedad intermedia puede disponer libremente de esos rendimientos. No limita el derecho de disposición sobre los mismos, el hecho de que la sociedad haya generado un gasto en un tercer Estado –los intereses devengados por el préstamo celebrado con una sociedad residente en un Estado distinto a los que forman parte del convenio– que compensa total o parcialmente el ingreso que representan esos rendimientos.

Ambos contratos de préstamo son independientes. Tampoco desde un punto de vista económico existe una conexión inmediata entre el ingreso y el gasto que experimenta la sociedad. Los fondos que se asignan a atender ese gasto no tienen porqué ser necesariamente los percibidos por el cobro de los intereses derivados de la primera operación de préstamo⁴⁵⁸.

Atendiendo al significado de beneficiario efectivo que hemos propuesto, difícilmente podría atacarse este tipo de estructuras. La sociedad intermedia tiene

⁴⁵⁸ Cfr. DU TOIT, C., *Beneficial Ownership*....., cit., p. 222.

derecho a percibir el rendimiento y dispone libremente del mismo. El hecho de que el ingreso que genera se compense con un gasto no implica, en principio, una restricción al derecho a disponer libremente del rendimiento percibido.

No obstante, la respuesta podría matizarse en operaciones en las que las partes que intervienen están vinculadas entre sí. De hecho, tanto en las resoluciones judiciales como administrativas que existen sobre la materia, las partes que intervienen en la cadena, de algún modo, se encuentran vinculadas. ¿Hasta qué punto el control que ejerce una sociedad sobre otra priva o limita a esta última del derecho a disponer libremente de los rendimientos que percibe?

Una respuesta apresurada podría llevar a resultados claramente insatisfactorios como el que se expondrá a continuación. Debido a que el convenio de doble imposición entre la India y EEUU no prevé un régimen tributario favorable en materia de dividendos, las inversiones estadounidenses en la India se han venido realizando a través de Isla Mauricio⁴⁵⁹. El convenio entre la India e Isla Mauricio establece un techo de imposición en la fuente del cinco por ciento sobre los dividendos procedentes de participaciones empresariales y del diez por ciento para el resto. Para beneficiarse de ese régimen, las empresas americanas constituyen una sociedad en Isla Mauricio a la que ceden sus participaciones en las sociedades residentes en la India, al efecto de obtener *desde* esa jurisdicción los dividendos. Posteriormente, la sociedad intermedia distribuye o no los beneficios percibidos a sus partícipes en EEUU. Como se puede observar este supuesto de hecho responde al esquema de la estructura directa o *direct conduit*.

La Administración tributaria de la India emitió una consulta en diciembre de 1995 en virtud de la cual niega a las sociedades residentes en Isla Mauricio la aplicación del convenio respecto a los dividendos percibidos porque, en su opinión, no tenían la condición de beneficiario efectivo de esos rendimientos. *Al tratarse de una sociedad cuyo capital pertenece en su integridad a una sociedad residente en EEUU,*

⁴⁵⁹ Cfr. FINNEY, M., "Go via Mauritius or UAE", *ITR*, noviembre, 1994, pp. 8 a 10 y TILLINGHAST, D., "Ruling on Beneficial Ownership and Tax Residence Threatens U.S. Investment in India", *TNI*, núm. 2, 1996, p. 79.

*es esta última quien tiene la condición de beneficiario efectivo del rendimiento obtenido por su filial*⁴⁶⁰.

No parece razonable que por el mero hecho de que el capital de la sociedad que percibe el rendimiento pertenezca en su totalidad a sujetos residentes en un tercer Estado, aquélla pierda la condición de beneficiario efectivo. Una interpretación en tal sentido impediría la aplicación de los convenios de doble imposición a cualquier sociedad que se encuentre en esa situación.

El concepto de beneficiario efectivo no debe ponerse en relación con la circunstancia de la residencia de los sujetos a los que pertenece el capital de una sociedad. Lo relevante es determinar si quien percibe el rendimiento puede efectivamente disponer del mismo. Por el mero hecho de que una sociedad tenga el control sobre otra no supone, *per se*, que pierda, o vea restringido, el derecho a disponer libremente de los rendimientos percibidos.

En este sentido señala VOGEL⁴⁶¹ que a pesar que el capital de una entidad pertenezca en su totalidad a una persona, este hecho, por sí mismo, no debería suponer la pérdida de la condición de *beneficiario efectivo* de los valores (*asset*) que se encuentran en su activo. En su opinión, es necesario que concurren otros elementos indicativos de que los órganos de dirección de la sociedad no pueden adoptar decisiones que no se correspondan con la voluntad de los partícipes que tienen una posición de control en el capital de la sociedad. Si se prueba que concurre esta circunstancia –añade VOGEL– el poder de disposición de la filial –o entidad controlada– sobre dichos valores es meramente formal, por lo que perdería la condición de beneficiario efectivo en los términos de los artículos 10, 11 y 12 del Modelo OCDE. Según este autor la posición de control que una sociedad tiene sobre otra, bajo determinadas circunstancias, podría privar a la sociedad controlada del derecho a disponer libremente de los rendimientos percibidos.

⁴⁶⁰ Sobre esta consulta véase TILLINGHAST, D., "Ruling...", *cit.*, pp. 79 a 80.

⁴⁶¹ VOGEL, K., *On Double...*, *cit.*, p. 563.

La posición de la OCDE en el informe de 1986 sobre las sociedades conductoras se acerca a la del profesor VOGEL. Aunque el informe se expresa en términos algo más oscuros, del mismo se desprende la necesidad de comprobar en qué medida el control que una sociedad ejerce sobre otra influye en las decisiones que adopta⁴⁶². No obstante, ni la OCDE ni este autor indican criterio alguno para efectuar dicha comprobación.

El IBFD es contrario a admitir esta postura⁴⁶³. La relación entre una sociedad y los partícipes es diferente. Incluso cuando la sociedad estuviera obligada a distribuir la totalidad de los rendimientos recibidos, los partícipes solamente tienen derecho a exigir el dividendo una vez que haya sido acordado por el órgano competente de la sociedad. No existe un derecho directo a obtener los rendimientos que percibe la sociedad, por lo que en ningún caso puede considerarse que son beneficiarios efectivos respecto de los mismos.

Tampoco DU TOIT admite que se deje de ser beneficiario efectivo por el mero hecho de que una sociedad esté controlada por otra que reside en un Estado que no forma parte del convenio⁴⁶⁴. En su opinión no puede confundirse el concepto de beneficiario efectivo con las situaciones de control, como sostiene la jurisprudencia anglosajona con respecto al concepto interno de *beneficial ownership* (asunto *Jodrey*)⁴⁶⁵. Solamente se pierde la condición de beneficiario efectivo si existe la obligación de entregar a un tercero el rendimiento. El mero hecho de que la sociedad esté controlada, o que las operaciones se realicen entre entidades vinculadas, no es suficiente para denegar la condición de beneficiario efectivo. Es más, en algunos casos, como sucede en determinadas estructuras *stepping stone conduits*, no es imprescindible que intervengan sujetos vinculados en operaciones de este tipo.

Por lo tanto, el hecho de que una sociedad está controlada por otra sociedad residente en un Estado que no forma parte del convenio, no es suficiente para negar la

⁴⁶² Véase el apartado anterior en el que se analiza el informe.

⁴⁶³ IBFD, "Further...", *cit.*, p. 150.

⁴⁶⁴ DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, *cit.*, pp. 226 a 228.

⁴⁶⁵ DU TOIT, C., *Beneficial Ownership...*, *cit.*, pp. 132 y 228.

condición de beneficiario efectivo. En este sentido, en las estructuras directas (*direct conduits*) difícilmente podrá negarse la aplicación del convenio⁴⁶⁶.

Respecto a la estructura *stepping stone*, normalmente realizada con intereses o cánones, existen dos transacciones jurídicamente diferentes. Cuando los sujetos que intervienen en esta estructura se encuentran vinculados, lo que no requiere necesariamente que se produzca una situación de control entre los sujetos que intervienen, es difícil negar que existe algún tipo de relación entre ambas operaciones, aunque formalmente son independientes. El hecho de que se encuentren vinculadas puede constituir un elemento indicativo de que las operaciones se hayan realizado de esa manera: que el rendimiento que percibe la sociedad conductora –bien en forma de interés o canon-, se compensa inmediatamente con un gasto de la misma naturaleza generado, precisamente, por una operación realizada con una sociedad vinculada residente en un Estado tercero.

Formalmente es innegable, sin embargo, que la sociedad intermedia dispone libremente del rendimiento percibido. Formalmente también, el gasto que genera la transacción con la entidad vinculada, también se asume libremente. Jurídicamente el contrato origen del gasto se ha celebrado voluntariamente⁴⁶⁷. Además, el gasto que genera no tiene porqué atenderse necesariamente con el ingreso percibido. Lo mismo sucede en los préstamos *back to back*. La única nota distintiva es que en los préstamos *back to back* no existe vinculación, toda vez que la sociedad intermedia es independiente. A pesar de que en ambos casos difícilmente puede negar la condición

⁴⁶⁶ El aspecto del control podría analizarse desde un punto de vista diferente que tendría el mismo resultado. Se trata de comprobar si a través del control que ejerce una sociedad sobre otra puede concluirse que esa sociedad está realmente dirigida desde un tercer Estado y, por lo tanto, negar la condición de residente en el Estado intermedio, lo que supone la no aplicación del convenio. No obstante, si el convenio autoriza otros criterios de sujeción, como es el lugar de constitución, este planteamiento sería inútil, porque la sociedad estaría sujeta a imposición en el Estado intermedio y por lo tanto sería residente a los efectos del convenio, a pesar de estar dirigida desde un tercer Estado. *En todo caso, cuando pudiera aplicarse este planteamiento, nótese que no es para negar la condición de beneficiario efectivo, sino para negar la condición de residente.* El nuevo párrafo 10.1 previsto en las modificaciones de los Comentarios para el año 2002, se pronuncia en el mismo sentido. Al insertarse esta referencia en el Modelo OCDE, no se plantea el problema de que la entidad tenga la consideración de residente en virtud del criterio de la constitución, ya que, como hemos visto, ese criterio no está previsto en el art. 4 del Modelo OCDE.

⁴⁶⁷ Cfr. BORN, H., "Beneficial...", *cit.*, p. 471.

de beneficiario efectivo, en algún supuesto (asunto *Aiken*), se ha negado dicha condición.

En este sentido, hay que valorar en qué medida la relación que existe entre ambas operaciones puede privar de la condición de beneficiario efectivo. Téngase en cuenta que en muchos casos, la compensación que se produce entre el ingreso obtenido y el gasto soportado puede ser meramente circunstancial, es decir, fácticamente no existe relación alguna. Lo único que sucede es que los ingresos obtenidos por un determinado concepto son de igual o similar cuantía, que los gastos soportados por el mismo concepto.

La resolución principal, en sentido negativo, sobre esta materia es el asunto *Aiken* (cfr. nota 443). El supuesto de hecho es paradigmático, porque todas las partes que intervienen están vinculadas entre sí, y la cuantía de los intereses percibidos y soportados coinciden exactamente, además de las fechas en que se realizan. A la luz de estas circunstancias, fácilmente puede deducirse que la cesión del préstamo se realiza con el único fin de eliminar el gravamen en la fuente.

No obstante, junto a esta resolución, existen otras en las que no se pone en duda la condición de beneficiario efectivo⁴⁶⁸. No obstante, no hay que perder de vista

⁴⁶⁸ En Francia, el caso resuelto por el Consejo de Estado francés en su resolución de 14 de marzo de 1996. Una sociedad residente en Francia recibe un préstamo de una sociedad residente en Alemania (6 millones de unidades de cuenta a un interés del 7,5 por 100). Los fondos con los que la sociedad alemana realiza el préstamo a la sociedad francesa proceden de un préstamo realizado el día anterior por una sociedad residente en Curaçao (Antillas holandesas). El préstamo realizado por la sociedad residente en Curaçao a la sociedad alemana asciende a 5 millones de unidades de cuenta. El tipo de interés es del 7,75 por 100. Del contexto económico de la operación claramente se deducía que los fondos prestados a la sociedad francesa procedían de Curaçao. La operación se realiza a través de Alemania, para evitar el gravamen por obligación real que habrían sufrido los intereses de realizarse directamente la operación de préstamo con la sociedad residente en Curaçao. El convenio entre Francia y Alemania no prevé la cláusula del beneficiario efectivo. No obstante, la Administración francesa negó la aplicación del convenio con base en las normas internas en materia de fraude a la ley tributaria (*l'abus de droit théorie*). El Consejo de Estado anuló la actuación administrativa, porque a pesar que la estructura adoptada perseguía minimizar el gravamen en la fuente, no podía considerarse que había abuso de derecho, porque ese no era el único fin de la operación (Cfr. GOUTHIERE, en *The OECD Model Convention - 1998 and beyond; The concept of beneficial ownership in tax treaties*, cit., pp. 26 y 27). En EEUU, el asunto *SDI* resuelto por el Tribunal Fiscal de ese Estado el 2 de octubre de 1996 (el texto de la sentencia en <http://www.intltaxlaw.com/shared/source/sdicase.htm>). La sociedad A, residente en Bermudas, propietaria de una patente en materia de *software*, otorga una licencia para explotar mundialmente la patente a la sociedad D, residente en los Países Bajos. La sociedad A controla la sociedad D indirectamente a través de dos sociedades, B y C, residentes en Bermudas y las Antillas

que el supuesto de hecho examinado en cada caso no coincide exactamente con el supuesto de hecho analizado en el asunto *Aiken*. En efecto, las operaciones realizadas no reúnen vínculos tan estrechos como en el caso *Aiken*. En ellos, la sociedad intermedia realiza algún tipo de actividad económica y la cuantía de los ingresos y gastos soportados por el mismo concepto no coinciden exactamente, ni tampoco coinciden las fechas en que los mismos se producen. Asimismo, en los casos anotados no se produce un vaciamiento completo de la base imponible de la sociedad intermedia, dado que los ingresos son ligeramente superiores a los gastos soportados⁴⁶⁹. Además, los términos de cada operación son distintos, teniendo cada una su propia sustancia económica⁴⁷⁰.

holandesas, respectivamente. La sociedad D sublicencia la patente a una sociedad E, residente en EEUU, autorizando su explotación exclusivamente en ese Estado. La sociedad E pertenece íntegramente a la sociedad D. Como puede apreciarse, todas las sociedades que intervienen se encuentran vinculadas. La sociedad licenciante (sociedad A residente en Bermudas) tiene el derecho a obtener entre el 93 y el 98 por 100 de los rendimientos que el licenciatario obtenga por la explotación de la licencia. El sublicenciante (sociedad D residente en los Países Bajos) tiene el derecho a obtener del sublicenciatario el 50 por 100 del importe bruto que obtenga por la explotación de la patente en EEUU. El Tribunal considera que no puede negarse la condición de beneficiario efectivo a la sociedad D residente en Holanda. Para el Tribunal en este supuesto, a diferencia de lo que sucedía en el asunto *Aiken*, las cuantías de las remuneraciones son distintas y se producen en momentos distintos. Ambas operaciones, el contrato de licencia y sublicencia, son operaciones independientes que tienen cada una su propia sustancia económica. También tiene presente que la actividad de la sociedad holandesa no se limita a la sublicencia con EEUU, sino se extiende a otras actividades. Cfr. SHORT, A.; FRIED, P., "Tax Court Rejects Cascading Royalty Theory: SDI Netherlands B.V. v. Comr.", *TMIJ*, núm. 1, 1997, pp. 18 a 26, MCCARTHY, C., "The SDI Case: Tax Court Ruling on Cascading Royalty Payments", *ET*, núm. 2, 1997, pp. 62 a 69 y AMICO, J., "The IRS in the SDI Case: Were They Only Bluffing", *TNI*, núm. 12, 1997, pp. 961 a 963. En Japón, el asunto resuelto por la Administración tributaria japonesa en 1999. Para evitar el gravamen por obligación real japonés sobre los cánones pagados por la cesión de la explotación de obras cinematográficas, los propietarios de dichas obras otorgaban una licencia de explotación a una sociedad residente en un Estado de Europa del Este que, a su vez, la sublicenciaba a una sociedad residente en Japón. Los convenios de doble imposición de estos Estados con Japón otorgan al Estado de residencia el derecho exclusivo a gravar los cánones, por lo que así se evita el gravamen real en Japón. Para que la sociedad intermedia se considere beneficiario efectivo la Administración tributaria japonesa estableció una serie de requisitos que debe cumplir la sociedad intermedia: a) Debe haber recibido efectivamente una licencia de explotación sobre la obra cinematográfica y debe tener derecho a sublicenciarla b) Debe tener algún margen de discrecionalidad para negociar los términos de la sublicencia c) Debe estar registrada en ese Estado y tener la condición de residente, circunstancia que debe ser certificada por parte de la Administración tributaria de ese Estado d) Debe tener al menos una oficina y un empleado a tiempo completo e) El ingreso producido por el canon obtenido en Japón debe contabilizarse efectivamente (cfr. OLIVER, D., *et al.*, "Beneficial...", *cit.*, p. 316).

⁴⁶⁹ En este sentido es paradigmático el asunto *Northern Indiana Public Service Co.* resuelto por el Tribunal Fiscal de EEUU en 1983. El supuesto de hecho es parecido al caso *Aiken*, aunque aquí el tipo de interés percibido por la sociedad intermedia es superior en un punto al interés pagado por ésta. Para el Tribunal, el hecho de que la sociedad obtenga un beneficio de la operación es suficiente para considerar que realiza efectivamente una actividad económica y, por consiguiente, no puede negarse la condición de beneficiario efectivo. Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, *cit.*, pp. 183 a 185.

⁴⁷⁰ Cfr. VOGEL, K., *On Double...* *cit.*, p. 723.

De estos supuestos se deduce que el elemento utilizado para afirmar en estos casos el cumplimiento del concepto de beneficiario efectivo es la existencia de un grado de sustancia económica propia de cada operación y del sujeto que las realiza. El problema de este criterio radica en la dificultad de establecer, con carácter general, un parámetro que permita delimitar exactamente en qué condiciones deben realizarse ambas operaciones para que el sujeto que las realiza deje de ser considerado como beneficiario efectivo⁴⁷¹.

En efecto, en estos casos, *a priori*, incluido el asunto *Aiken*, no cabe negar que quien realiza estas operaciones dispone libremente sobre los rendimientos obtenidos en uno y otro caso. La circunstancia que parece producir la pérdida del dominio efectivo del rendimiento "*dominion and control*", como señala el asunto *Aiken*, es precisamente la plena coincidencia entre ambas operaciones. El dato de la vinculación entre las partes que intervienen es importante, pero no se advierte que sea el aspecto principal para negar la condición de beneficiario efectivo⁴⁷². En supuestos de hecho como los examinados en esa resolución, podría sostenerse que no se dispone efectivamente del rendimiento, habida cuenta que debido al estrecho vínculo económico entre ambas operaciones, materialmente en ningún momento puede disponerse del mismo.

No obstante, cuando el supuesto de hecho no se presenta en los términos que los del asunto *Aiken*, difícilmente podrá negarse la condición del beneficiario efectivo. En efecto, en los asuntos analizados distintos del asunto *Aiken*, hemos podido comprobar cómo por el mero hecho de no compensarse completamente los ingresos y gastos experimentados por la sociedad intermedia, esta sociedad no perdía la condición de beneficiaria efectiva de los rendimientos percibidos.

En estos términos, la aplicación del concepto a estas operaciones tendría un margen de aplicación limitado. Sólo se perdería la condición de beneficiario efectivo cuando las dos operaciones realizadas coinciden exactamente en todos sus aspectos y

⁴⁷¹ Cfr. WALSER, J., en *The OECD Model Convention – 1998 and beyond...*, cit., p. 28.

⁴⁷² Como se deduce en el parágrafo 48 de la sentencia del asunto *SDI*.

la sociedad intermedia no realiza actividad económica alguna, o por lo menos, esas operaciones no guardan relación alguna con la actividad económica que desarrolla.

En situaciones diferentes de la anterior, no debería negarse la aplicación del convenio de doble imposición, o lo que es lo mismo, se cumple con los términos de la cláusula del beneficiario efectivo. Intentar extender más allá los supuestos que no cumplen el concepto de beneficiario efectivo no contribuiría a la correcta delimitación de su significado, dado que perdería la relativa precisión que hemos pretendido asignarle. Las estructuras *stepping stone* pueden presentarse de múltiples maneras, sin que pueda precisarse un criterio claro para determinar si se ha perdido o no la condición de beneficiario efectivo, a no ser que se trate de supuestos análogos al asunto *Aiken*.

Por lo tanto, consideramos que es preferible limitar el alcance del concepto de beneficiario efectivo a los términos expresados, con el fin de garantizar que el mismo tenga significado preciso, a pesar de que no sea eficaz para denegar la aplicación de los convenios de doble imposición a todos los supuestos de *treaty shopping*.

Hay que tener en cuenta que en las estructuras *treaty shopping* no expresadas en los mismos términos del asunto *Aiken*, lo que se entra a valorar no es ya si el perceptor dispone efectivamente del rendimiento obtenido, sino otros elementos, como *el hecho de realizar una verdadera actividad económica con la que el rendimiento percibido guarda relación alguna*. En definitiva, en esos supuestos se examinan aspectos de la sociedad que percibe los rendimientos que son justamente los que se abordan en las cláusulas de limitación de beneficios. En este sentido, las cláusulas de limitación de beneficios valoran circunstancias como el lugar de residencia de los partícipes de una sociedad, si la sociedad que percibe el rendimiento realiza una actividad económica, etc. Consideramos que estas cuestiones no son las que aborda el concepto de beneficiario efectivo, por lo que no tendría sentido pretender introducirlas a través de esta cláusula.

Es más, si el concepto de beneficiario efectivo fuera eficaz en estos casos que consideramos que no puede abarcar, no tendría mucho sentido que los Estados hayan introducido en los convenios normas específicas al efecto (las cláusulas de limitación de beneficios), que tienen en cuenta esos aspectos (Estado de residencia de los partícipes, actividad que realiza la sociedad, etc.)⁴⁷³. Abunda en lo anterior el hecho de que no se haya incluido referencia alguna a las estructuras directa y *stepping stone* en los apartados dedicados en los Comentarios al Modelo OCDE al concepto del beneficiario efectivo. El hecho de que nada se diga al respecto en los Comentarios es indicativo de que no puede proyectarse ese concepto sobre esas estructuras. Por el contrario, sí se proponen en los Comentarios al artículo primero (párrafos 12 a 21) una serie de cláusulas de limitación de beneficios, para que se introduzcan, si así lo estiman los Estados, en los convenios de doble imposición.

No puede desvirtuar esta conclusión el hecho de que las modificaciones previstas para el año 2002 incluyan parte del informe de 1986. La parte del informe que se incluye, por lo pronto, se refiere al supuesto de una sociedad controlada por residentes en terceros Estados. Hemos visto cómo el hecho de que una sociedad esté controlada por una entidad residente en un tercer Estado no es suficiente para perder la condición de beneficiario efectivo. Las modificaciones previstas no resuelven nada acerca de las *stepping stone conduits*. Es más, el conjunto de las modificaciones incluidas sólo pretenden afirmar la aplicación de las normas internas contra el fraude a la ley. A través de estas normas, con el fin de denegar la aplicación del convenio, podrá valorarse si se produce una actuación fraudulenta. Los criterios para valorar tal extremo pueden coincidir con los que utilizan las cláusulas de limitación de beneficios, esto es, el hecho de que exista un vínculo suficiente con el Estado de residencia o motivos económicos válidos para obtener desde ese Estado el rendimiento. Sin embargo, estas cuestiones no las aborda el concepto de beneficiario efectivo⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Cfr. VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, cit., p. 10-41 (art. 10), TILLINGHAST, D., "Ruling on...", cit., p. 80, DU TOIT, C., *Beneficial...*, cit., p. 235 y OLIVER, J., *et al.*, "Beneficial...", cit., p. 321.

⁴⁷⁴ En esta misma línea se inserta el párrafo 21.4 de los Comentarios al art. 1. Según el mismo, podrá denegarse la aplicación del convenio en la fuente cuando se trate de dividendos, intereses, cánones y otras rentas (art. 21 del Modelo) cuando la adquisición del activo que genera el rendimiento se haya realizado con el único fin de obtener la aplicación del convenio. Este supuesto no es más que una concreción de un caso en el que se podría denegar la aplicación del convenio en virtud de las normas

Teniendo en cuenta lo anterior, el concepto del beneficiario efectivo debe interpretarse en los términos propuestos, a pesar de que sea insuficiente para contrarrestar todos los supuestos *treaty shopping*. A pesar de ello, tampoco debe despreciarse la utilidad del concepto a tal efecto, dado que sirve para denegar la aplicación de los convenios de doble imposición en supuestos importantes como son la utilización de negocios fiduciarios, determinados *trust*, agentes y mandatarios⁴⁷⁵.

E) Conclusión: significado y función del concepto de beneficiario efectivo

El beneficiario efectivo es la persona que teniendo derecho a percibir el rendimiento puede disponer libremente del mismo. En cada caso habrá que comprobar si el sujeto que reclama la aplicación del convenio cumple con los requisitos de la definición propuesta. Este concepto cumple, aunque no en todos los supuestos, con la finalidad para la que se introdujo en el Modelo OCDE, es decir, impedir la aplicación del convenio en supuestos de *treaty shopping*.

contra el fraude a la ley. Por lo tanto, la carga de aplicar esta norma se sitúa en la Administración. Con esta modificación se refuerza la aplicación de las normas internas contra el fraude en las operaciones en que se adquiere un activo financiero antes de que se proceda a pagar el rendimiento e inmediatamente después de vende el mismo. Además, este párrafo nuevo también refuerza la posición de la Administración para denegar, en aplicación de las normas contra el fraude a la ley, a los sujetos que, en materia de dividendos, adquieren las participaciones necesarias para que tenga la consideración de significativa, y así beneficiarse de gravamen más reducido en la fuente previsto por el convenio. Este extremo ya estaba previsto en los Comentarios al art. 10 (párrafo núm. 17).

⁴⁷⁵ Como sucede, por ejemplo, en Rusia, cuya Administración considera que no se es beneficiario efectivo cuando se actúa como fiduciario o agente. Cfr. FORT, R., "Russia's Double Tax Treaties: The significance of beneficial ownership", *Eastern Europe Reporter*, núm. 6, 1998, p. 216. El único supuesto que hemos podido encontrar en el que la Administración española se pronuncia sobre el concepto de beneficiario efectivo es la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 22 de septiembre de 2000 (en *Normacef Fiscal*). Esta resolución se refiere a una entidad residente en España que gestiona los derechos de autor de no residentes. Las sumas recaudadas por la entidad de gestión española no se transferían directamente a los autores sino a entidades de gestión de derechos de autor no residentes en España. La entidad española al realizar estos pagos a las entidades no residentes liquidaba el IRNR teniendo en cuenta los límites de imposición previstos en los convenios celebrados por España con los Estados de residencia de las entidades de gestión no residentes y no los convenios celebrados por España con los Estados de residencia de los autores. El TEAC considera que las entidades de gestión no residentes no son las beneficiarias efectivas de esos pagos. La relación jurídica existente entre los autores y las entidades de gestión no residentes no implica una cesión a estas últimas de los derechos de autor. Estas entidades actúan meramente como gestoras o administradoras de los derechos de autor, por lo que los beneficiarios efectivos de los derechos son los autores. De acuerdo con el concepto de beneficiario efectivo que hemos propuesto, la decisión del TEAC es correcta, porque las entidades de gestión no residentes actúan por cuenta ajena. Estas entidades no disponen efectivamente de los rendimientos percibidos, toda vez que tienen la obligación de ponerlos a disposición de los autores cuyos derechos gestionan.

Hay que reparar que algunos convenios de doble imposición han definido el concepto del beneficiario efectivo como *la persona a la que las normas tributarias atribuyen o imputan el rendimiento*⁴⁷⁶. Los convenios que definen en este sentido la norma se remiten expresamente a las normas tributarias en materia de atribución e imputación de rentas del Estado de la fuente⁴⁷⁷. El beneficiario efectivo es en estos convenios la persona a la que impute el rendimiento la legislación tributaria del Estado de la fuente. Si quien tiene la condición de beneficiario efectivo según estas reglas reside en el otro Estado contratante, el convenio se aplicará.

Esta definición por remisión a las normas internas en materia de atribución e imputación de rentas no se aparta de la interpretación del concepto de beneficiario efectivo aquí propuesto. Precisamente, nuestra definición parte de las normas internas de los Estados en esa materia. En los ordenamientos de Derecho anglosajón, las normas sobre atribución e imputación de rentas del Derecho tributario no se apartan de las normas del Derecho civil y, respecto a los ordenamientos de Derecho común, las normas tributarias en esa materia se apartan del Derecho civil con el fin de imputar los bienes y los rendimientos a los sujetos que disponen efectivamente de los mismos. En uno y otro caso, el resultado es similar, aunque en el segundo, es preciso que las normas tributarias adapten la regulación sobre la propiedad del Derecho civil a los presupuestos del Derecho tributario.

A pesar de que exista ese grado de coincidencia, es preferible interpretar autónomamente el concepto, sin remitirse a las normas nacionales sobre atribución e imputación de rentas. Las disposiciones en esta materia pueden no coincidir en uno y otro Estado, por lo que la interpretación del concepto tendría un alcance u otro dependiendo del Estado que actúe en cada caso como Estado de la fuente. Ello no

⁴⁷⁶ Así lo interpreta la Administración tributaria de EEUU (*Internal Revenue Service*) en la *Technical Explanation* al Modelo EEUU de 1996. Cfr. DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *The 1996...*, cit., p. 85. Véanse los convenios que cita VOGEL, K., *On Double...*, cit., p. 564.

⁴⁷⁷ El convenio entre Alemania e Italia exige acudir a las normas de ambos Estados. Solamente si las normas tributarias del Estado de la fuente y del Estado de residencia imputan el rendimiento a la misma persona se tendrá la consideración de beneficiario efectivo.

contribuye a la aplicación uniforme del convenio⁴⁷⁸. Por otro lado, como ha señalado la doctrina, deben limitarse las remisiones a la legislación interna, porque si es el convenio quien determina cuándo se aplica el régimen tributario en él previsto, debe ser el propio convenio quién determine cuándo hay que denegar su aplicación⁴⁷⁹.

No obstante, la remisión a las normas internas en materia de atribución e imputación de rentas, trae a colación una finalidad adicional que debería cumplir también el concepto de beneficiario efectivo.

Con carácter general, los convenios de doble imposición no armonizan las reglas en materia de atribución e imputación de rentas⁴⁸⁰. La consecución de la finalidad principal de los convenios de doble imposición –la eliminación de la doble imposición– requiere que exista un grado de coordinación entre las normas sobre atribución e imputación de rentas de los Estados parte.

Cuando la tributación del rendimiento se comparte, como sucede en materia de dividendos, intereses y cánones, el Estado de residencia tiene la obligación de eliminar la doble imposición. El presupuesto para la aplicación de las normas previstas en el convenio es que se produzca doble imposición internacional. Uno de los elementos integrantes de la definición de doble imposición internacional es precisamente el de *la identidad del sujeto pasivo*, esto es, la yuxtaposición de soberanías fiscales sobre un mismo sujeto⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ Una solución mejor sería la del convenio entre Alemania e Italia que requiere que las normas sobre atribución e imputación de rentas atribuyan la renta a la misma persona para entender cumplido el requisito del beneficiario efectivo.

⁴⁷⁹ Cfr. LÜTHI, D., en *The OECD Model Convention - 1998 and beyond...*, cit., p. 20.

⁴⁸⁰ Cfr. VAN RAAD, K., "International Coordination...", cit., pp. 215 y 216. Un supuesto donde los convenios establecen una regla común en esta materia es respecto a las rentas que se imputan al establecimiento permanente. En este sentido, señala GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento...*, cit., p. 313, que la imposición del establecimiento permanente en el Estado donde se encuentra situado debe adecuarse a unas reglas de atribución concretas derivadas del convenio. El Modelo OCDE opta por una concepción funcional de la vinculación. Serán atribuibles al establecimiento permanente los rendimientos correspondientes a las operaciones que haya efectuado el establecimiento permanente. Por lo tanto, la atribución se realiza atendiendo a la relación funcional existente entre el establecimiento permanente y la actividad desarrollada directamente a través del mismo. Sobre este particular véase las pp. 320 y ss. del trabajo de GARCÍA PRATS.

⁴⁸¹ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, cit., p. 99.

Cuando el criterio de atribución del Estado de la fuente difiere del utilizado en el Estado de residencia, existirá doble imposición, pero no doble imposición jurídica, en sentido estricto, que es la que los convenios obligan a eliminar al Estado de residencia, dado que no se yuxtaponen los gravámenes sobre el mismo sujeto. Para evitar este tipo de situaciones, la función del concepto de beneficiario efectivo no debe limitarse a evitar supuestos de *treaty shopping*, sino que debe cumplir también una función armonizadora de las normas internas en materia de atribución e imputación de rentas. Desde esta óptica, el concepto de beneficiario efectivo también debería introducirse en otras disposiciones del convenio que se refieren a rendimientos derivados de la titularidad de bienes. Es el caso de las rentas inmobiliarias y las ganancias de capital (arts. 6 y 13 del Modelo OCDE, respectivamente)⁴⁸².

Con todo, el concepto de beneficiario efectivo cumple con la finalidad asignada interpretándolo como *la persona que teniendo derecho a percibir un rendimiento puede disponer libremente del mismo*.

F) El concepto de beneficiario efectivo en el Derecho comunitario

Son escasas las medidas que la Unión Europea ha adoptado con el fin de armonizar la imposición directa. En estos momentos existen dos propuestas de directiva, dirigidas a tal fin, que introducen en su articulado el concepto de beneficiario efectivo⁴⁸³. Al establecer las propuestas un concepto autónomo no cabe,

⁴⁸² No sería estrictamente necesario que se introduzca en otros preceptos como los referidos a las rentas derivadas del trabajo, pensiones, retribuciones por formar parte de Consejos de Administración. Estos rendimientos no tienen su fuente en un bien, sino en la actividad realizada por un sujeto. No obstante, podrían plantearse problemas en estos casos, cuando, por ejemplo, la persona que obtiene rentas en el extranjero tributa según el régimen de tributación conjunta en el Estado de residencia. Esta cuestión ya ha sido resuelta en el ámbito internacional, flexibilizando el concepto de identidad subjetiva, para permitir la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición internacional. Sobre ello, CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, cit., pp. 101 y 102.

⁴⁸³ Por un lado, la propuesta de directiva del Consejo relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, presentada por la Comisión el 6 de marzo de 1998 y, por otro, la propuesta de directiva del Consejo destinada a garantizar un mínimo de imposición efectiva de los rendimientos del ahorro en forma de intereses, presentada por la Comisión el 4 de junio de 1998. Esta última propuesta ha sido modificada en 2001 (Propuesta de la Comisión – COM. 2001. 400 final 501PC04009). Nos referiremos a ellas, abreviadamente, como la directiva sobre el ahorro y la directiva en materia de intereses y cánones.

como ocurre en el Modelo OCDE bajo su art. 3.2, la remisión a la legislación interna de los Estados miembros.

Estas propuestas, a diferencia de lo que ocurre en el Modelo OCDE, definen expresamente el concepto. Así, el art. 3.1.c) de la propuesta de directiva en materia de cánones e intereses prevé que el beneficiario efectivo “de los pagos de intereses y cánones será una empresa de un Estado miembro o un establecimiento permanente que reciba tales pagos en su propio beneficio y no en tanto que agente, depositario o mandatario”⁴⁸⁴. El art. 2.1 de la propuesta de directiva sobre el ahorro, por otro lado, entiende que el beneficiario efectivo es “toda persona física que reciba un pago de intereses o cualquier persona física en cuyo beneficio se atribuya un pago de intereses”⁴⁸⁵.

Aunque formalmente ambas propuestas de directiva definen el concepto en términos diferentes, materialmente recogen el mismo concepto. El beneficiario efectivo es quién percibe un rendimiento “en su propio beneficio” o “por cuenta propia”⁴⁸⁶. Quien percibe un rendimiento con la obligación de ponerlo a disposición de un tercero, no lo percibe en su propio beneficio. Por eso la propuesta de directiva en materia de cánones e intereses excluye a aquellos sujetos que actúan en calidad de agentes, depositarios o mandatarios. En todos estos supuestos, los sujetos que ocupan esa posición actúan no por cuenta propia, sino por cuenta de un tercero.

El concepto previsto en las directivas es asimilable al propuesto para los convenios de doble imposición. Quién percibe el rendimiento en su propio beneficio

⁴⁸⁴ La versión en castellano de la propuesta recoge el término *beneficial ownership* como “titular beneficiario”.

⁴⁸⁵ La propuesta de 1998 definía este concepto como “toda persona física que reciba un pago de interés por cuenta propia”. A pesar de que formalmente la definición se ha modificado en la propuesta de directiva de 2001, el significado materialmente no ha variado. Confirma lo anterior el hecho de que el comentario a la propuesta de directiva de la Comisión señala que se “se entenderá por beneficiario efectivo toda persona física que reciba intereses *por cuenta propia*”.

⁴⁸⁶ La versión inglesa de ambas propuestas de directiva utilizan la expresión “percibir el rendimiento” *for its own benefit*. La versión en castellano ha traducido la misma expresión de dos formas distintas aunque con igual significado. La razón de que las propuestas no prevean un concepto de beneficiario efectivo formalmente idéntico trae causa del hecho que no han sido elaboradas por la misma persona dentro de la Comisión. Cfr. HINNEKENS, L., “European Commission introduces beneficial ownership in latest tax directives proposals adding to the confusion with regard to its meaning”, *EC Tax Review*, núm. 1, 2000, p. 44.

no tiene la obligación de ponerlo a disposición de un tercero, habida cuenta que puede disponer libremente del mismo. Algún autor ha señalado que la Memoria explicativa de las directivas amplía los términos en los que se expresa la propuesta. La Memoria indica que no se aplicarán los beneficios previstos en la directiva cuando un intermediario, como un agente o mandatario o depositario, se interpone entre el beneficiario y el pagador⁴⁸⁷. En nuestra opinión, tal ampliación no se produce. Simplemente se refiere a una serie de ejemplos en los que el sujeto que percibe el rendimiento no es el beneficiario efectivo porque actúa por cuenta de un tercero y no por cuenta propia. En ningún caso percibe el rendimiento en su propio beneficio.

El concepto comunitario de beneficiario efectivo, de aprobarse las directivas en estos términos, es similar al propuesto en este trabajo para los convenios de doble imposición que siguen el Modelo OCDE. Este particular supone, también, que participe de las mismas carencias. Dificilmente podrá negarse la aplicación de los beneficios de la directiva a una entidad que se establece en algún Estado de la Unión con el único objeto de beneficiarse del régimen previsto en la directiva (*directive shopping*). Si se cumplen los requisitos de la cláusula del beneficiario efectivo, no podrá negarse el régimen previsto en la directiva.

Ello se debe, como sabemos, a que la eficacia de esta norma para combatir este tipo de situaciones es limitada. Ahora bien, ello no quiere decir que las conductas sobre las que el concepto deja de ser eficaz no puedan evitarse con otro tipo de normas.

En efecto, el art. 6 de la propuesta de directiva en materia de cánones e intereses autoriza a los Estados miembros a adoptar "las medidas apropiadas a fin de combatir el fraude y abusos". Como todavía no se ha aprobado la propuesta de directiva, los Estados no han dictado normas en ejercicio de esta habilitación. No obstante, podemos acudir a la directiva 90/435/CEE relativa al régimen fiscal

⁴⁸⁷ Cfr. HINNEKENS, L., "European ...", *cit.*, p. 44. La versión en español ha traducido *trustee* como depositario, concepto que no coincide plenamente. En cualquier caso, habrá que analizar si puede o no disponer efectivamente del rendimiento.

aplicable a las sociedades matrices y filiales, que prevé una disposición similar en su art. 1.2), para comprobar cómo se ha desarrollado en el ordenamiento español.

Con base en dicha habilitación, España ha dictado una norma para evitar el *directive shopping*. Según el art. 13.1.g) de la LIRNR, no se aplica la exención del IRNR cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directamente o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea. Quedan, sin embargo, exceptuadas las matrices que realicen actividades empresariales directamente relacionadas con la actividad de la filial o que tengan por objeto la dirección y gestión de la filial mediante la adecuada organización de medios materiales o personales o pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen tributario previsto en la directiva⁴⁸⁸.

La norma española combina el método o la cláusula de transparencia con "cláusulas de actividad" al efecto de denegar o admitir la aplicación del régimen previsto en la directiva cuando se trata de sociedades matrices controladas mayoritariamente por residentes en Estados no comunitarios. Sobre la configuración de este tipo de cláusulas volveremos en el capítulo dedicado al estudio de las cláusulas de limitación de beneficios, ya que las normas introducidas en la LIRNR se configuran en el mismo sentido que aquéllas. Solamente nos interesa destacar aquí, que a través de dicha habilitación, los Estados miembros pueden incorporar normas específicas para evitar, al igual que sucede en los convenios de doble imposición, que sujetos no legitimados para disfrutar de este régimen –principalmente residentes en Estados no comunitarios– puedan acceder al mismo a través de la interposición de una sociedad en el territorio comunitario.

⁴⁸⁸ Sobre esta norma véase CALDERÓN CARRERO, J.M.; MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., en *Comentarios a la LIRNR*, cit., pp. 213 a 215 y RAMALLO MASSANET, J., "La directiva...", cit., pp. 30 a 32. Algunos Estados miembros de la Unión Europea han introducido también en su legislación normas similares. Cfr. AVERY JONES, J., "Flows of capital between the EU and third countries and the consequences of disharmony in European international tax law", *EC Tax Review*, núm. 2, 1998, p. 102.

La habilitación prevista en el art. 6 de la propuesta de directiva sobre intereses y cánones, al igual que sucede en la directiva sobre matrices y filiales, puede utilizarse por los Estados comunitarios para introducir normas que cubran el espacio en materia de *directive shopping* que el concepto de beneficiario efectivo, debido a su eficacia limitada, no puede cubrir.

No obstante, puede que ello no sea necesario, debido a los requisitos exigibles para que la directiva propuesta resulte aplicable. En efecto, el art. 3 de la misma señala que solamente será aplicable respecto a sociedades *cuyas actividades mantengan un vínculo real y continuado con la economía del Estado miembro donde se haya establecido*. Dado el tenor de la propuesta, parece que sólo se reconocerán los beneficios previstos en la misma si la sociedad que los reclama realiza una actividad económica real y continúa en alguno de los Estados miembros de la Comunidad⁴⁸⁹. Este requisito, por ejemplo, no existe, con carácter general, en las normas de los Estados miembros que regulan los requisitos para que una sociedad tenga la consideración de residente a efectos fiscales. Como es sabido, la residencia es uno de los Estados parte del convenio es necesaria para que el mismo sea aplicable. Justamente por lo “poco exigente” que puede resultar este criterio se han introducido en los convenios las cláusulas de limitación de beneficios. En virtud de estas cláusulas, los beneficios del convenio solamente se aplicarán a los sujetos que, además de tener la consideración de residentes en alguno de los Estados parte del convenio, acrediten que tienen un vínculo suficiente con el Estado de residencia o bien motivos económicos válidos para obtener desde ese Estado el rendimiento generado en el Estado de la fuente.

En definitiva, las propuestas de directiva definen el concepto de beneficiario efectivo en términos similares a los aquí expuestos. Justamente por la insuficiencia de este concepto para combatir todos los supuestos de *treaty* o *directive shopping*, los Estados miembros pueden adoptar normas específicas en ese sentido. Incluso, la propia propuesta de directiva en materia de intereses y cánones introduce un requisito

⁴⁸⁹ WEBER, D., “The proposed EC Interest and Royalty Directive”, *EC Tax Review*, núm. 1, 2000, p. 22, señala que este requisito de aplicación de la directiva es el que verdaderamente impedirá el *directive shopping*.

análogo a los previstos en las cláusulas de limitación de beneficios de los convenios de doble imposición.

II.B.3.- Las cláusulas de limitación de beneficios: configuración general

En esta parte del trabajo se expondrá la configuración general de las cláusulas de limitación de beneficios introducidas en los convenios de doble imposición en cuanto medidas introducidas en los convenios contra el *treaty shopping*. Posteriormente, en el capítulo tercero, se analizará el régimen jurídico de cada una de ellas. Este análisis se efectuará a partir del Modelo EEUU de 1996, las cláusulas propuestas en los Comentarios de la OCDE a su Modelo de convenio y los convenios de doble imposición celebrados por EEUU con los Estados miembros de la Unión Europea. También prestaremos atención a las normas de esta naturaleza previstas en los convenios de doble imposición celebrados por España distintos del celebrado con EEUU.

En primer lugar, hay que señalar que el Modelo OCDE no establece métodos concretos y definitivos para impedir el abuso o la utilización impropia de los convenios en sentido estricto (*treaty shopping*). Solamente el informe "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies" recoge una serie de cláusulas y ejemplos que los Estados pueden tomar en consideración su inclusión a la hora de negociar los convenios⁴⁹⁰. La ONU ha adoptado una posición similar⁴⁹¹.

Para la OCDE, una forma adecuada para tratar el *treaty shopping* consiste en incluir *disposiciones específicas* en el convenio. El informe lista una serie de cláusulas, describiendo su funcionamiento y los problemas que plantea cada una de ellas (cláusulas de transparencia, exclusión, sujeción, tránsito y una cláusula de buena

⁴⁹⁰ Parte de este informe se ha introducido en los párrafos 12 a 21 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE. Las referencias que se hagan a continuación se harán a los Comentarios, salvo que se diga expresamente lo contrario.

⁴⁹¹ El Modelo ONU tampoco contempla cláusulas de limitación de beneficios. En un informe de 1988, *Contributions...*, cit., pp. 10 a 20, se proponen una serie de cláusulas semejantes a las previstas en los Comentarios y el informe de 1986 de la OCDE.

fe)⁴⁹². Los Comentarios dejan a las partes negociadoras la decisión de incluir estas disposiciones. No obstante, enumera tres criterios que deben tenerse en cuenta para tomar esa decisión⁴⁹³.

El Modelo de Convenio de EEUU de 1996 contiene un conjunto completo de cláusulas de limitación de beneficios en su artículo 22. Las distintas versiones del Modelo EEUU (1977, 1981 y 1996) han ido incluyendo cláusulas cada vez más desarrolladas⁴⁹⁴.

Las cláusulas contenidas en el Modelo EEUU de 1996 coinciden en lo sustancial con las propuestas en los Comentarios al Modelo OCDE. Las cláusulas del Modelo EEUU son las que en la práctica han tenido un desarrollo efectivo. A partir del convenio entre EEUU y Alemania de 1989 todos los convenios celebrados por EEUU introducen un *conjunto homogéneo* de este tipo de disposiciones⁴⁹⁵.

No obstante, hay que tener en cuenta que la postura de la OCDE en esta materia está sujeta a revisión si atendemos a las modificaciones de los Comentarios que se han propuesto para el año 2002⁴⁹⁶. En este sentido hay que destacar que las modificaciones previstas adoptan la solución prevista en el Modelo EEUU de 1996. En principio, los Comentarios sólo proponían la adopción de cláusulas de limitación de beneficios *aisladas*. *La nueva versión de los Comentarios no elimina esta primera*

⁴⁹² Dentro de las cláusulas de buena fe se encuentran la cláusula general de buena fe en sentido estricto, la de actividad, cuantía, cotización en bolsa y desgravación alternativa.

⁴⁹³ "Las partes negociadoras deberán tener en cuenta: la medida en que las sociedades intermedias pueden obtener efectivamente los beneficios del convenio; el contexto legal de ambos Estados contratantes y la medida en que actividades económicas legítimas pueden de forma no intencionada verse afectadas por dichas disposiciones". Cfr. párrafo núm. 12 de los Comentarios.

⁴⁹⁴ Sobre la evolución del Modelo EEUU, véanse ROSENBLOOM, H.D., "Tax Treaty Abuse...", *cit.*, pp. 763 a 830, BURKE, W., *et al.*, "Report on Proposed United States Model Income Tax Treaty", *HITR*, núm. 2, 1983, pp. 219 a 330, VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, *cit.*, pp. 16-1 a 16-124, DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *The 1996...*, *cit.*, pp. 168 a 185 y BERMAN, D.; HYNES, J., "Limitation on Benefits Clauses in U.S. Income Tax Treaties", *TMIJ*, núm. 12, 2000, pp. 697 a 710. Los convenios celebrados con EEUU han introducido cláusulas semejantes desde el convenio de 1945 con Reino Unido. No obstante, la inclusión de un conjunto homogéneo de cláusulas como las que existen en los tratados celebrados con Estados comunitarios comienza con el convenio celebrado entre EEUU y Alemania en 1989. Cfr. BERMAN, D.; HYNES, J., "Limitation...", *cit.*, p. 698.

⁴⁹⁵ En varios casos (Dinamarca, Irlanda, Italia, Países Bajos y Reino Unido), el motivo principal que ha justificado la renegociación de los convenios celebrados por EEUU ha sido la introducción de este tipo de cláusulas. Cfr. BERMAN, D.; HYNES, J., "Limitation...", *cit.*, p. 692.

⁴⁹⁶ Cfr. *Draft contents of the 2002 update to the model tax convention*, *cit.*, pp. 3 a 12.

*opción. Sin embargo, también propone la introducción de un conjunto similar de cláusulas de limitación de beneficios al articulado por el Modelo EEUU. A pesar de que la posición de la OCDE parece situarse en el mismo plano que la de EEUU, creemos que existe una diferencia radical. Estas cláusulas, a diferencia de lo que sucede en el Modelo EEUU, no se establecen en el articulado del Modelo OCDE sino en los Comentarios. Ello, sin duda, revela una actitud diferente en cuanto a la introducción de estas cláusulas a la hora de negociar los convenios*⁴⁹⁷.

Por lo que respecta a la estructura básica de estas cláusulas, hay que señalar que la misma es semejante en el Modelo EEUU y en los Comentarios al Modelo OCDE, tanto en su versión aislada como global. Ello no obsta a que por las particularidades de cada Estado y del proceso negociador, existan algunos aspectos diferentes. Aun así, *puede sostenerse que existe un grado de homogeneidad importante en esta materia.*

El objetivo de estas cláusulas es limitar el acceso al régimen de los convenios de doble imposición para evitar el *treaty shopping*. Los convenios de doble imposición sólo se deben aplicar cuando la obtención del rendimiento desde Estado de residencia responde a un motivo económico válido (*whether a taxpayer has a real business purpose*) o bien cuando el sujeto mantiene una vinculación suficiente con el Estado de residencia (*sufficient nexus with the State of residence*)⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ Cfr. GÓMEZ CALLEJA, I., "Las medidas anti-elusión en los convenios para evitar la doble imposición internacional", *GF*, núm. 206, 2002, p. 157. Los Comentarios al Modelo OCDE, tras las modificaciones propuestas, prevén dos alternativas. La primera alternativa consiste en introducir aisladamente cláusulas de este tipo. La segunda alternativa consistiría en introducir un sistema general de cláusulas de limitación de beneficios que afecta, como veremos, esencialmente a los requisitos que hay que cumplir para que un convenio sea aplicable. En ambos casos, el contenido de las cláusulas es similar. La única diferencia radica en la posición que se adopte en cuanto a su inclusión, es decir, se puede adoptar un enfoque parcial o global. Las nuevas modificaciones mantienen esencialmente los criterios establecidos en el párrafo núm. 12 de los Comentarios al art. 1 para decidir la inclusión de estas cláusulas. Sin embargo, refuerza el doble enfoque que puede adoptarse para afrontar el fenómeno del *treaty shopping*, al mencionar ahora que puede ser necesario adoptar medidas de distinto tipo. En primer lugar, reforzando el régimen de acceso a los convenios, que es el objetivo de las cláusulas de limitación de beneficios. En segundo lugar, teniendo en cuenta el régimen sufrido en el Estado intermedio. Para ello, se excluirán de la aplicación del convenio a los sujetos que disfrutaban en ese Estado de un régimen privilegiado.

⁴⁹⁸ Cfr. ROSENBLOOM, H.D., "Tax Treaty Abuse...", *cit.*, p. 816, ALI, *International Aspects...*, *cit.*, p. 150, VAN HERKSEN, M., "Limitation on Benefits and The Competent Authority Determination", *BIFD*, núm. 1, 1996, p. 22 y DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *The 1996...*, *cit.*, p. 172.

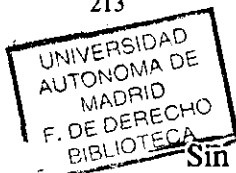
Estas son las dos ideas básicas sobre las que descansan las cláusulas de limitación de beneficios. No constituye un presupuesto de estas normas el hecho de que los rendimientos tributen efectivamente en el Estado de residencia⁴⁹⁹. Aunque a lo largo de las cláusulas este criterio aparece en algún momento, no es determinante para la obtención de la aplicación del convenio, siempre y cuando concurra alguno de los dos aspectos anteriormente señalados.

A través de estas normas no se pretende introducir una cláusula general de sujeción efectiva, ni tampoco condicionar la aplicación del convenio al hecho de que los rendimientos obtenidos en la fuente experimenten un determinado nivel de tributación en el Estado de residencia⁵⁰⁰. Ello no quiere decir que los convenios no puedan excluir expresamente de su ámbito de aplicación a aquellos sujetos que disfruten de un "régimen tributario privilegiado" en el Estado de residencia propicio para realizar estructuras *treaty shopping*. Este método se denomina por los Comentarios al Modelo OCDE como "método de exclusión". Los sujetos que se acojan a dicho régimen, no tendrán derecho al convenio. La cláusula o el método de exclusión se analizará en el capítulo siguiente. Baste con señalar ahora que el principal problema que plantea consiste en identificar cuáles son los "régimenes privilegiados" que deben quedar fuera del convenio⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ Cfr. TERR, L., "Treaty routing...", *cit.*, p. 524.

⁵⁰⁰ La versión de 1977 y de junio de 1981 del Modelo EEUU contenía disposiciones en ese sentido. Estas disposiciones no se han incluido posteriormente por las críticas recibidas y las dificultades de aplicación que tenían. Cfr. BURKE, W., *et al.*, "Report...", *cit.*, p. 292.

⁵⁰¹ El informe del American Law Institute, *International Aspects...*, *cit.*, p. 153 denomina este método *special measures approach*. Implícitamente no incluye este método dentro de las cláusulas de limitación de beneficios. Como veremos al hilo de su estudio, esta cláusula difícilmente puede integrarse en el conjunto que conforman las cláusulas de limitación de beneficios, ya que no tienen en cuenta ninguno de los dos presupuestos sobre los que se asientan este tipo de normas. Por otro lado, hay que tener en cuenta que los Comentarios al Modelo OCDE, hasta la revisión de los mismos propuesta para 2002, incluía este método dentro de las cláusulas de esta naturaleza. La nueva versión propuesta de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE, elimina los párrafos 15 a 16, que son los que se refieren al método de exclusión. La versión de 2002 traslada esos párrafos al nuevo párrafo 21, separándolo de las cláusulas de limitación de beneficios. Además, amplía ostensiblemente las referencias a este método. Con ello se confirma el doble enfoque con que se puede afrontar el problema del *treaty shopping*. En primer lugar, y ese es nuestro objeto de estudio, reforzando el ámbito subjetivo del mismo a través de las cláusulas de limitación de beneficios. En segundo lugar, excluyendo del ámbito de aplicación del convenio a aquellos sujetos que disfrutaban de un régimen fiscal privilegiado en el Estado de residencia. Como se verá en el próximo capítulo, el método de exclusión no solamente está previsto para los supuestos de *treaty shopping*, sino también para excluir del ámbito del convenio a aquellos sujetos que disfrutaban de un régimen fiscal que puede calificarse como pernicioso o dañino según los criterios



Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener en cuenta que las cláusulas de limitación de beneficios no exoneran del cumplimiento del requisito previsto en el art. 1 del Modelo OCDE: el contribuyente debe estar sujeto por la renta mundial obtenida en alguno de los Estados parte del convenio⁵⁰². *Por lo tanto, primero hay que determinar si un contribuyente tiene la consideración de residente y posteriormente comprobar si reúne los requisitos de alguna de las cláusulas de limitación de beneficios*⁵⁰³.

En este sentido, las cláusulas de limitación de beneficios formalmente no modifican el ámbito subjetivo de los convenios de doble imposición. A pesar de estas cláusulas, los convenios de doble imposición se siguen aplicando a las personas residentes en alguno de los Estados contratantes⁵⁰⁴. No obstante, materialmente estas normas inciden sobre el ámbito subjetivo de los convenios. Cuando no existen estas disposiciones, el contribuyente tiene derecho a que se le aplique completamente el convenio cumpliendo exclusivamente el requisito de la residencia. Las cláusulas de limitación de beneficios reducen sensiblemente la parte del convenio que es aplicable al contribuyente por el mero hecho de ser residente en uno de los Estados signatarios del mismo.

establecidos por la OCDE y la Unión Europea en aplicación del Código de Conducta. Por lo tanto, las cláusulas de limitación de beneficios inciden sobre el hecho de que el sujeto tengan un vínculo suficiente o motivos económicos válidos para obtener los rendimientos desde el Estado de residencia y el método de exclusión sobre la tributación que sufre ese mismo sujeto en el Estado de residencia.

⁵⁰² Como se señaló en el apartado anterior, el Modelo OCDE no contiene una cláusula general de sujeción. Entre las cláusulas propuestas por la OCDE, se encuentra la inclusión de una cláusula general de sujeción (párrafo 17 de los Comentarios al art. 1, párrafo 16 en la versión propuesta para 2002). Indican también los Comentarios que esta cláusula debe complementarse con cláusulas que aseguren la flexibilidad necesaria en casos de buena fe. Las disposiciones propuestas en esta materia (cláusula de cotización en bolsa, actividad, etc.), salvo el método de exclusión, responden a los dos criterios sobre los que se asientan las cláusulas de limitación de beneficios.

⁵⁰³ Cfr. JACOB, F., et al., *Handbook on the 1989 Double Taxation Convention between the Federal Republic of Germany and the United States of America*, IBFD, Amsterdam, 1991, p. 28-12 y SCHINABECK, M., "The Limitation of Benefits Article of the U.S.-France Tax Treaty", *TMIJ*, núm. 1, 1996, p. 26.

⁵⁰⁴ Igualmente, el requisito de ser beneficiario efectivo, cuando el convenio lo establece, es una cuestión previa al cumplimiento de las cláusulas de limitación de beneficios. Por lo tanto, antes de examinar esas normas, hay que comprobar que se es residente en el sentido del convenio y que se es beneficiario efectivo de los rendimientos. Cfr. JACOB, F., et al., *Handbook...*, cit., p. 14a y BERMAN, D.; HYNES, J., "Limitation...", cit., p. 694.

Desde un punto de vista sistemático, estas normas deberían situarse en el art. 1 del convenio, dado que es aquí donde se regula el ámbito subjetivo de los convenios de doble imposición. Implícitamente el Modelo OCDE las sitúa en ese lugar, pues las cláusulas propuestas por la OCDE se encuentran en los Comentarios al artículo primero del Modelo. Asimismo, las propias cláusulas de limitación de beneficios denominan a los residentes que cumplen alguna de ellas como residentes cualificados (*qualified residents*). En este sentido, se ha señalado que el efecto que producen es “cualificar” el concepto de residencia previsto en los convenios⁵⁰⁵.

En la práctica, no se ha seguido esta sistemática. En algunos casos se han situado en el artículo que precede a las medidas para eliminar la doble imposición en el Estado de residencia, en el protocolo al convenio o en un artículo correspondiente al capítulo donde se regula la tributación de los distintos tipos de renta⁵⁰⁶. Esta falta de sistemática, como se verá seguidamente, dificulta la identificación de las normas que se encuentran bajo su ámbito de aplicación.

Las cláusulas de limitación de beneficios se proyectan principalmente sobre las normas del convenio que excluyen o limitan la imposición en el Estado de la fuente. Estas disposiciones sólo se aplicarán si el contribuyente cumple alguna de las cláusulas previstas en el convenio. El ámbito del convenio comprendido por estas normas es ciertamente relevante. Es la parte del articulado del convenio más amplia y también la que más consecuencias tiene sobre la tributación internacional⁵⁰⁷.

Como vimos en el primer capítulo, no es frecuente que los Estados unilateralmente renuncien a la imposición sobre los no residentes. Por el contrario, la

⁵⁰⁵ Cfr. ALI, *International Aspects...*, cit., p. 150. No es suficiente estar sujeto por la renta mundial en un Estado parte del convenio, sino que deben concurrir adicionalmente otros elementos que conectan al sujeto con el territorio. Cfr. SPECTOR, P., “Limitations on Benefits under the New U.S.-Netherlands Income Tax Treaty”, *BIFD*, núm. 4, 1993, p. 160 y MUNTENDAM, F., “Luxembourg: New Tax Treaty with the United States”, *ET*, núm. 12, 1996, p. 387.

⁵⁰⁶ Se introducen al final del capítulo que regula los distintos tipos de rentas: Dinamarca, Luxemburgo, Irlanda y Reino Unido; se regulan en ese capítulo pero no al final: España, Finlandia, Portugal y Suecia; se regulan después de los métodos para eliminar la doble imposición en el Estado de residencia: Alemania, Francia y los Países Bajos; en el protocolo: Italia. Sin perjuicio de lo anterior, con carácter general el protocolo del convenio suele añadir algún matiz a este tipo de cláusulas.

⁵⁰⁷ En el Modelo OCDE comprende el capítulo III “Tributación de las distintas clases de rentas” (arts. 6 a 21) y en el Modelo EEUU de 1996, los artículos 6 a 21.

mayoría de los Estados ha establecido unilateralmente normas para eliminar la doble imposición sufrida por los sujetos residentes. Aunque los convenios contemplan medidas para eliminar la doble imposición en el Estado de residencia, *es en los límites a la imposición de los no residentes donde se perciben con mayor intensidad los efectos de los convenios de doble imposición*. Esta es justamente la parte que deja de aplicarse si no se cumple alguna de las cláusulas de limitación de beneficios.

A este respecto, las cláusulas de limitación de beneficios han experimentado una evolución en cuanto al tipo de disposiciones del convenio que resultan afectadas.

En un primer momento, el ámbito de ampliación de las cláusulas estaba restringido a las rentas de carácter pasivo, esto es, dividendos, intereses y cánones, fundamentalmente⁵⁰⁸. La razón de que sólo se incluyeran este tipo de rentas se debe a su alto grado de movilidad, o por lo menos de las inversiones que generan esas rentas, lo que explica también que sean los rendimientos normalmente implicados en estructuras *treaty shopping*.

Posteriormente, los convenios que han incluido estas disposiciones han extendido su ámbito de aplicación proyectándolo sobre *todas* las normas que eliminan o reducen la tributación en el Estado de la fuente⁵⁰⁹. Como se desprende del art. 22 del Modelo EEUU de 1996, el ámbito de estas normas recae sobre todo el convenio de doble imposición. No obstante, si se analizan las disposiciones de los convenios celebrados entre EEUU y los Estados miembros de la Unión, se puede observar cómo el grado de aplicación de las cláusulas de limitación de beneficios no coincide en todos

⁵⁰⁸ Cfr. ROSENBLOOM, H.D., "Tax Treaty Abuse...", *cit.*, p. 813. Un buen ejemplo es que en el Modelo EEUU de 1977 la disposición que contiene las normas en esta materia (art. 16) sólo se aplicaba a intereses, dividendos y cánones. Respecto a los convenios españoles, a salvo del celebrado con EEUU, son escasos los que tienen disposiciones en esta materia. Sin embargo, los que sí las contienen, restringen su aplicación a dividendos, intereses, cánones y ganancias patrimoniales (convenios con Bolonia, Cuba, Israel, Irlanda, Portugal y Rusia). El motivo de que se incluyeran en el Modelo EEUU de 1997 exclusivamente esas rentas se explica porque las inversiones de las que proceden tienen gran movilidad. No obstante, también hay que tener en cuenta que otros tipos de rentas también disfrutaban de esa característica. Cfr. GARCÍA MUNIOZGUREN, J.I., "Tax Treaty Trends", *ET*, núm. 8, 1997, p. 322.

⁵⁰⁹ Aunque determinadas categorías de rentas son más susceptibles de ser utilizadas en estas estructuras, se ha considerado que cuando las mismas se producen no debe aplicarse el convenio, con independencia de cuál sea la importancia objetiva de los rendimientos afectados. Cfr. ROSENBLOOM, H.D., "Tax Treaty Abuse...", *cit.*, p. 815.

los rendimientos. Las principales cautelas se refieren, precisamente, a dividendos, intereses y cánones⁵¹⁰.

En suma, *el objeto principal de estas normas son los límites en la obligación real de contribuir*. No está tan claro si su eficacia se proyecta sobre otras disposiciones del convenio. Este aspecto depende en gran medida de la redacción de cada convenio.

Si nos atenemos al Modelo EEUU de 1996, las cláusulas de limitación de beneficios comprenderían todas las disposiciones establecidas en el convenio que atribuyen “un beneficio” por razón de la residencia en alguno de los Estados parte⁵¹¹. “Los beneficios” por razón de la residencia incluyen los límites a la tributación en la fuente, las normas para eliminar la doble imposición en el Estado de residencia y la prohibición de discriminación establecida en el art. 24 del Modelo, pero sólo respecto a la que se otorga por razón de la residencia en un Estado contratante⁵¹².

Atendiendo a esta delimitación, quedarían fuera los aspectos de la prohibición de discriminación no referidos a los residentes, el procedimiento amistoso (art. 25) y el art. 27 en materia de agentes diplomáticos y funcionarios. También debería quedar

⁵¹⁰ Cfr. RASMUSSEN, M.; BERNHART, D., “The Limitation on Benefits Provisions in the Tax Treaty with the United States”, *ET*, núm. 4, 2001, p. 141.

⁵¹¹ El tenor literal del apartado primero del art. 22 es el siguiente: “*A resident of a Contracting State shall be entitled to benefits otherwise accorded to residents of a Contracting State by this Convention only to the extent provided in this Article*”.

⁵¹² Esta es la interpretación sostenida por la Administración tributaria americana en la *Technical Explanation* al Modelo EEUU de 1996. La “Explicación Técnicas” o *Technical Explanation* (TE) es un documento de la Administración americana que recoge la interpretación administrativa sobre el alcance de los convenios de doble imposición. Prácticamente todo convenio celebrado por EEUU tiene también un documento de esa naturaleza. Ello se explica porque el Senado, órgano competente para ratificar los tratados en EEUU, para decidir sobre la ratificación de convenios de doble imposición, normalmente requiere al ejecutivo un documento interpretando el convenio de doble imposición. Ese documento es la TE elaborada por el *Internal Revenue Service*. Estos documentos recogen exclusivamente la interpretación de la Administración tributaria de EEUU. Al tratarse de una interpretación unilateral del convenio, no tiene valor alguno desde el punto de vista de los parámetros de interpretación establecidos en los arts. 31 y 32 de la CVDI, ni tampoco puede asimilarse a los Comentarios al Modelo OCDE. No obstante, desde un punto de vista práctico, las TEs tienen una importancia significativa, porque permiten al contribuyente conocer cómo interpreta la Administración americana el convenio. Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., “EC Law and Clauses on Limitation of Benefits in Treaties with the US after Maastricht and the US-Netherlands Tax Treaty”, *EC Tax Review*, núm. 2, 1995, p. 79, nota 15, DOERNBERG, H.; VAN RAAD, K., *The 1996...*, cit., pp. 1 y 2 y RIBES RIBES, A., *La interpretación...*, cit., pp. 360 a 364.

excluido el procedimiento de intercambio de información (art. 26), pues más que un beneficio constituye una carga para el contribuyente⁵¹³.

Dada la ambigüedad en esta materia, para saber cuál es el alcance exacto de los preceptos sobre los que inciden las cláusulas de limitación de beneficios habrá que examinar cada convenio⁵¹⁴. En cualquier caso, *es común a todos los convenios la exclusión de las disposiciones que limitan la tributación en el Estado de la fuente*.

Consideramos que lo anterior debe interpretarse en sentido restrictivo. Los convenios no se reducen a limitar la tributación en el Estado de la fuente y a establecer medidas para eliminar la doble imposición en el Estado de residencia. Los convenios, además, prevén normas para resolver los supuestos de doble residencia (*tie break rules*) y reglas uniformes sobre el origen económico de las rentas (*source rules*). Las cláusulas de limitación de beneficios no inciden sobre esos aspectos, a pesar de que formalmente se encuentren también, en parte, en los artículos del convenio que establecen los límites a la obligación real de contribuir. Como veremos, con carácter previo a su aplicación, es imprescindible saber en qué Estado reside el sujeto y dónde se han generado las rentas. Por lo tanto, si esos dos aspectos son presupuesto para su aplicación, *no tendría sentido que la norma de conflicto en materia de doble residencia y las reglas sobre el origen económico de las rentas queden también excluidas*.

⁵¹³ Cfr. VOGEL, K.; SHANNON, H.A.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, cit., p. 16-23. Hay que tener también en cuenta que los preceptos no incluidos no tienen potencial alguno en estructuras *treaty shopping*. Es improbable que un sujeto diseñe una estructura de este tipo simplemente para beneficiarse de los preceptos referidos al intercambio de información o el procedimiento amistoso. Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 232.

⁵¹⁴ Las medidas establecidas en el convenio para la eliminar la doble imposición en el Estado de residencia también deberían quedar excluidas. No obstante, no queda tan claro a la luz de determinados convenios, ya que de su tenor parece que dichas medidas no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de las cláusulas de limitación de beneficios. En nuestra opinión, es lógico que estas disposiciones no se apliquen si el sujeto afectado no cumple ninguna de las cláusulas de limitación de beneficios. No estaría justificado que en un supuesto en el que el Estado de la fuente no aplica el convenio porque el contribuyente no cumple ninguna cláusula, el Estado de residencia tuviera la obligación de aplicar el convenio para eliminar la doble imposición. Nótese que de tener el Estado de residencia dicha obligación, soportaría íntegramente el coste generado por la eliminación de la doble imposición, toda vez que el Estado de la fuente, como no ha aplicado el convenio, no ha limitado el gravamen que puede exigir al no residente en virtud de su legislación. En la práctica, sin embargo, el hecho de que las cláusulas de limitación de beneficios comprendan también las medidas establecidas en el convenio para eliminar la doble imposición en el Estado de residencia, puede que materialmente no tenga efecto alguno. Y ello porque las legislaciones estatales, con carácter general, establecen unilateralmente medidas en este sentido. Cfr. ALI, *International Aspects...*, cit., p. 181.

El segundo aspecto relevante concierne a los *sujetos a los que se aplican las cláusulas de limitación de beneficios*.

Con carácter general, *las cláusulas solamente se aplican a los sujetos distintos de las personas físicas*. Las personas físicas, siempre que residan en alguno de los Estados parte del convenio, tienen derecho a que se les aplique íntegramente los beneficios previstos en el mismo. La razón de lo anterior estriba en que las posibilidades que tienen las personas físicas de realizar directamente estructuras *treaty shopping* son escasas. Un elemento fundamental para llevarlas a cabo es la movilidad del sujeto. Los entes distintos de las personas físicas, especialmente las sociedades, pueden obtener fácilmente la residencia en el Estado desde el que se quiere obtener el rendimiento. No ocurre lo mismo en el caso de las personas físicas.

Los criterios que determinan la residencia de una persona física en un Estado requieren siempre un elemento fáctico que vincule al sujeto con el territorio (permanencia, vivienda permanente, centro de intereses vitales, etc.) El cambio de residencia a otro Estado con el único objetivo de obtener un rendimiento desde el mismo puede resultar muy gravoso, por lo que no se produciría uno de los presupuestos de toda operación de planificación fiscal, esto es, que resulte económicamente eficiente.

Por otro lado, la estructura *treaty shopping* para que resulte eficiente, es imprescindible que los rendimientos no tributen efectivamente en el Estado intermedio o, por lo menos, que lo hagan en un margen muy reducido. Los regímenes tributarios que facilitan lo anterior se encuentran, con carácter general, no en la imposición de las personas físicas, sino en la imposición de las personas jurídicas⁵¹⁵. Aún así, es cierto que, aunque el ámbito sea menor, las personas físicas sí pueden intervenir en determinadas estructuras⁵¹⁶.

⁵¹⁵ Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 232. Por ejemplo, en el caso español, la exención en materia de dividendos y ganancias procedentes de participaciones empresariales sólo se prevé en el impuesto sobre sociedades (art. 20bis de la LIS).

⁵¹⁶ No tenemos en cuenta aquí los casos en los que la persona física traslada su residencia a un Estado de baja tributación. El segundo escalón de la estructura se produciría. El rendimiento obtenido en la fuente soportaría un gravamen reducido. Hay que tener presente, sin embargo, que la red de convenios

Parte de esos supuestos pueden resolverse aplicando el concepto de beneficiario efectivo. Serían los casos en los que la persona física actúa como agente, mandatario, fiduciario o *trustee* (en un *trust* distinto del *accumulating trust*)⁵¹⁷. Más problemas se plantean, en cambio, en las estructuras *stepping stone*. No hay nada que impida su realización a través de una persona física. Sin embargo, rara vez intermediará una persona física en este tipo de estructuras⁵¹⁸. La utilización de personas jurídicas no sólo se explica desde el punto de vista tributario, sino también del Derecho de sociedades. La responsabilidad limitada de los partícipes con respecto a las deudas sociales es una característica principal de las sociedades de capitales. Esa característica no concurre cuando se trata de una persona física. Por lo tanto, para evitar las consecuencias adversas que puede tener el fracaso de la estructura, parece improbable que el medio utilizado sea una persona física, porque responderá con su propio patrimonio frente a las consecuencias negativas, tanto tributarias como no tributarias, de la operación⁵¹⁹.

Sin perjuicio de los argumentos anteriores, *la justificación de que las personas físicas tengan derecho a la aplicación del convenio cumpliendo exclusivamente el requisito de la residencia se encuentra en el propio fundamento de las cláusulas de limitación de beneficios*. Como se ha señalado al principio de este apartado, la finalidad de estas normas consiste en que los convenios de doble imposición sólo se apliquen cuando la obtención del rendimiento desde el Estado de residencia responde a un motivo económico válido o bien cuando el sujeto mantiene una vinculación suficiente con el Estado de residencia. Pues bien, el propio concepto de residencia aplicable a las personas físicas cumple una de las finalidades de esas cláusulas.

de doble imposición de los Estados de baja tributación es muy escasa, por lo que no se conseguiría el fin principal de la operación, reducir la tributación en la fuente. Asimismo, no hay que perder de vista, como se vió en la primera parte del trabajo (cfr. apartado III.B), que la mayoría de los Estados han adoptado normas para evitar que las personas físicas trasladen su residencia a jurisdicciones de baja tributación. Siendo esto así, tampoco se lograría el segundo escalón de la operación, porque el contribuyente seguiría tributando como residente en el Estado de origen.

⁵¹⁷ Cfr. TERR, L., "Treaty routing...", *cit.*, p. 524.

⁵¹⁸ Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, *cit.*, p. 232.

⁵¹⁹ Piénsese en una estructura *stepping stone* con préstamos. La persona física, por el motivo que sea, puede devenir insolvente y no poder atender a las obligaciones del préstamo concedido.

Los criterios establecidos en las legislaciones nacionales para considerar a una persona física residente a efectos tributarios garantizan, por sí mismos, un vínculo suficiente de carácter fáctico con el territorio del Estado. No sucede lo mismo, como vimos más atrás, cuando se trata de personas jurídicas (*cfr.* apartado III.B.1B). Desde este punto de vista, *las cláusulas de limitación de beneficios no se aplican a las personas físicas porque nada tienen que añadir al concepto de residencia*. El propio concepto de residencia cumple la finalidad que subyace a ese tipo de normas.

El tercer aspecto de las cláusulas que hay que analizar es su contenido y funcionamiento.

Las cláusulas de limitación de beneficios consisten en una serie de “test objetivos” que de cumplirse otorgan el derecho a la aplicación del convenio⁵²⁰. Sólo es necesario cumplir cualquiera de ellos para que resulten aplicables las disposiciones del convenio cubiertas por esta materia.

Aunque las cláusulas son muy diferentes entre sí, todas ellas pueden reconducirse a cualesquiera de los dos parámetros referidos: la obtención del rendimiento desde Estado de residencia responde a un motivo económico válido o bien el sujeto mantiene una vinculación suficiente con el Estado de residencia. También se ha señalado por algún autor que estas normas se caracterizan por evidenciar un juicio presuntivo entre los motivos que han determinado su creación⁵²¹. La norma presume que quien cumple alguna de las cláusulas no desarrolla una estructura *treaty shopping*.

⁵²⁰ *Cfr.* MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., “EC Law...”, *cit.*, p. 78, DE LIGNIE, M., “Limitation on Benefits: Recently Signed US Treaties Compared to the 1992 US-Netherlands Treaty”, *BIFD*, núm. 2, 1995, p. 71 y VAN HERKSEN, M., “Limitation...”, *cit.*, p. 23.

⁵²¹ Como indica la TE del Modelo EEUU de 1996, estas normas presumen que quien cumple alguna de ellas tiene una conexión suficiente con el Estado de residencia o motivos económicos válidos para percibir desde ese Estado el rendimiento (*The assumption underlying each of these tests is that a taxpayer that satisfies the requirements of any of the tests probably has a real business purpose for the structure it has adopted, or has a sufficiently strong nexus to the other Contracting State [...] to warrant benefits even in the absence of a business connection, and that this business purpose or connection outweighs any purpose to obtain the benefits of the Treaty*). Sobre las “presunciones” que actúan como fundamento de la norma véase MARÍN-BARNUEVO FABO, D., *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho tributario*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 169 y ss.

Ambas visiones no se contraponen. No cualquier estructura *treaty shopping* se va a considerar ilegítima, sino solamente, como se vió al analizar la aplicación de la norma sobre el fraude a la ley tributaria, cuando no existe un motivo económico válido o el sujeto no guarda un vínculo suficiente con el Estado de residencia. Cuando concurre alguna de las dos circunstancias anteriores, la estructura es "legítima"⁵²². Por lo tanto, desde cualquiera de los dos puntos de vista, se llega al mismo resultado. Consideramos, sin embargo, que es preferible utilizar la visión expuesta en primer lugar, porque en el fondo lo que subyace es la intención de reforzar el ámbito subjetivo de los convenios, incorporando al concepto de residencia los dos parámetros señalados.

La redacción de las cláusulas no se expresa en términos tan abstractos como los parámetros sobre los que se asientan. Cada cláusula, con carácter general, recoge con un grado de precisión mayor los requisitos que debe cumplir el contribuyente.

Las cláusulas principales son las siguientes: la cláusula de cotización en bolsa (*stock exchange clause*), la de propiedad y erosión en la base (*ownership and base erosion clause*), actividad (*active clause*) y la cláusula general de buena fe⁵²³.

Las entidades que cotizan en mercados secundarios, en las condiciones previstas en el convenio, cumplen con los requisitos de la cláusula de cotización en bolsa. En este supuesto, la norma no tiene en cuenta dónde residen y quiénes son los partícipes para decidir sobre la aplicación del convenio. Sin perjuicio de que en el capítulo siguiente se profundice sobre el fundamento de esta cláusula, es lógico que en el supuesto de entidades cotizadas no se haga mención a los partícipes. El capital de las sociedades que cotizan (*publicly-traded company*) suele estar ampliamente repartido, por lo que desde un punto de vista económico no cabe identificar los intereses de la sociedad con los de los partícipes. Puede resultar excesivamente

⁵²² Como se vió en el apartado III.A del primer capítulo, la estructura fiscal que diseñe un grupo empresarial debe subordinarse y ser congruente con su estructura empresarial, de forma que pueda justificarse por sus beneficios económicos y organizativos. Las estructuras artificiosas que no subordinan ambos aspectos no serán eficientes. Justamente, cuando existe dicha subordinación, es probable también que se cumpla alguno de los presupuestos de las cláusulas de limitación de beneficios.

⁵²³ Cfr. ALI, *International Aspects...*, cit., p. 154 y BERMAN, D.; HYNES, J., "Limitation...", cit., p. 692.

gravoso, además, identificar la residencia de cada uno de los partícipes, especialmente en sociedades cotizadas cuyo capital está ampliamente repartido y la titularidad de las participaciones sufre constantes cambios, como consecuencia de su negociación en el mercado secundario en el que cotiza⁵²⁴.

El hecho de que una sociedad cotiche en bolsa revela un grado suficiente de conexión con el territorio. Los amplios requisitos exigidos por la legislación mercantil en materia de mercados de valores para cotizar en bolsa hacen improbable, además, que se utilicen sociedades cotizadas para estructuras *treaty shopping*⁵²⁵. Es posible que si se emplea esta vía para canalizar la operación, ésta deje de ser eficiente desde el punto de vista económico, por el coste que puede suponer su puesta en marcha. No obstante, ello *depende en gran medida de la legislación mercantil de cada Estado*. Una legislación muy flexible en esta materia invalidaría la “presunción” sobre la que se asienta la norma⁵²⁶. De ahí que algunos convenios, teniendo en cuenta esta premisa, restringen el acceso por esta vía introduciendo cautelas adicionales.

En estos términos la cláusula de cotización en bolsa puede parecer sencilla. La redacción prevista en los convenios, sin embargo, es extremadamente compleja por diversas razones. El mero hecho de cotizar en un mercado secundario no es suficiente. Es necesario, además, que las participaciones alcancen durante el período impositivo un volumen mínimo de negociación. En algunos supuestos el convenio es muy exigente en cuanto al volumen de negociación requerido y, en otros, crea incertidumbre, porque este requisito se define utilizando un concepto jurídico indeterminado (negociación regular y sustancial). Por lo tanto, no basta con que la entidad formalmente cotiche. La cotización debe ser material, aspecto que se pone de manifiesto por la negociación efectiva de las participaciones.

Por último, en cuanto a esta cláusula, hay que señalar que algunos convenios la flexibilizan dando acceso también a las sociedades participadas por entidades que

⁵²⁴ Cfr. VOGEL, K.; SHANNON, H.A.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, cit., p. 16-40.

⁵²⁵ Cfr. BERMAN, D.; HYNES, J., “Limitation...”, cit., p. 693.

⁵²⁶ Cfr. BENNETT, M., “The U.S.-Netherlands Tax Treaty Negotiations: A U.S. Perspective”, *BIFD*, núm. 1, 1991, p. 6.

cumplen esta cláusula (acceso indirecto). En términos más sencillos, las filiales de las sociedades que cotizan también tienen derecho a la aplicación del convenio.

La segunda cláusula principal es la de propiedad y erosión en la base. Esta cláusula está dirigida a las entidades que no cotizan en bolsa y a aquéllas que, a pesar de cotizar en un mercado de valores, no cumplen la cláusula de cotización en bolsa. El primer aspecto que toma en consideración es la residencia de los partícipes en la entidad. Cuando un determinado porcentaje del capital de la sociedad, normalmente el cincuenta por ciento, pertenece a personas residentes en alguno de los Estados parte del convenio, se considera que existe un vínculo suficiente. Sin embargo, no todos los residentes en cualesquiera de los Estados parte se va a computar, sino solamente los que sean *residentes cualificados*.

El concepto de *residente cualificado* no se define expresamente en todos los convenios. Sin embargo, se deduce de todos ellos que comprende exclusivamente a las personas físicas, los Estados parte y sus subdivisiones políticas, las entidades que cumplen la cláusula de cotización en bolsa, las que cumplen la propia cláusula de propiedad y erosión en la base y aquellos otros sujetos que cada convenio señale expresamente⁵²⁷. El último supuesto tiene siempre carácter residual y habrá que atender a lo establecido en cada convenio. En este grupo se suelen incluir las entidades sin ánimo de lucro y los fondos de pensiones que cumplen determinados requisitos.

El concepto de *residente cualificado* refuerza el fin que subyace a esta norma, sólo aplicar el convenio cuando existe un vínculo efectivo con los Estados parte del convenio. El vínculo efectivo se concreta en que los partícipes de la entidad residen también en los Estados partes del convenio. La consecuencia principal de la cláusula es que deja fuera a todas aquéllas entidades participadas por residentes en Estados

⁵²⁷ Cfr. LOENGARD, R., "A (modest) proposal to reconsider the limitation on benefits provision of US tax treaties", en VV.AA., *Essays on International Taxation*, Kluwer, Deventer, 1993, p. 282 y RIVIER, J., "Le recours à un critère subjectif pour définir l'usage abusif des conventions de double imposition conclues par les Etats-Unis: conclues par les Etats-Unis: l'exemple de l'Euro-holding", *RDADF*, núm. 3/4, 1998, pp. 306 y 307. La cláusula de actividad, por ejemplo, no otorga la condición de residente cualificado.

terceros. Por Estado tercero debe entenderse cualquier otro Estado que no forma parte del convenio. Esta cláusula otorga un trato restrictivo a las sociedades pertenecientes mayoritariamente a residentes en Estados terceros. Esta situación podría resultar admisible desde el punto de vista del Derecho internacional. Más dudas se plantean cuando nos situamos en el terreno del Derecho comunitario. Este trato discriminatorio puede que no esté justificado cuando los partícipes residen en Estados comunitarios. La compatibilidad con el Derecho comunitario se abordará en el cuarto capítulo. Solamente queremos apuntar ahora que algunos convenios han tenido en cuenta el factor comunitario y han dado entrada también en esta cláusula a residentes en Estados de la Unión⁵²⁸.

La segunda parte de esta cláusula consiste en la "prueba de erosión en la base"⁵²⁹. El requisito de la propiedad no garantiza suficientemente que no se produzcan estructuras *treaty shopping* ilegítimas. Las estructuras *stepping stone* tendrían acceso a los convenios través de esta vía si la norma sólo se limitara a exigir el requisito de la propiedad. De ahí, que la cláusula establezca que la entidad no debe destinar más de un determinado porcentaje de los ingresos percibidos durante al ejercicio a satisfacer pagos cuyos beneficiarios no tengan la consideración de residentes cualificados. A efectos del cómputo, sólo se tienen en cuenta los pagos que tengan carácter deducible. En efecto, solamente se produce esta estructura si efectivamente se vacía la base imponible del sujeto.

Este requisito plantea los mismos problemas que el primero: solamente se aplica el convenio si una parte sustancial de los pagos que realiza la sociedad se dirige a residentes cualificados. No obstante, al igual que sucede con la cláusula de

⁵²⁸ También dan entrada a partícipes y otros sujetos residentes en Estados miembros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*North American Free Trade Agreement*) y el Espacio Económico Europeo (*European Economic Area*). El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) afecta a los siguientes tres Estados: Canadá, Estados Unidos de América y Méjico. Por otro lado, el 1 de enero de 1994 entró en vigor el acuerdo entre la Unión Europea y la Asociación Europea de Libre Comercio por la que se crea el Espacio Económico Europeo (EEE). Suiza no forma parte de la EEE por haber rechazado mediante referéndum el citado acuerdo. Tras la entrada en la Unión Europea en 1995 de Austria, Finlandia y Suecia, sólo son tres los Estados a los que afecta este acuerdo: Islandia, Liechtenstein y Noruega. Cfr. IBFD, *International...*, cit., p. 114.

⁵²⁹ Cfr. CAVESTANY MANZANEDO, M.A., "El artículo 17 del convenio entre España y los Estados Unidos para evitar la doble imposición", *CaT*, núm. 152, 1992, p. 6.

propiedad, los residentes en Estados de la Unión Europea se tienen en cuenta en algunos convenios.

En tercer lugar, se encuentra la cláusula de actividad. Los destinatarios de la misma son los sujetos que no cumplen ninguna de las dos cláusulas anteriores. El fundamento de la misma es la *existencia de un motivo económico válido que justifica la obtención del rendimiento desde el Estado de residencia*⁵³⁰. No obstante, el cumplimiento de esta cláusula no otorga el *status de residente cualificado*⁵³¹.

Tendrán derecho a la aplicación del convenio las entidades que realicen una actividad empresarial efectiva en el Estado de residencia, siempre y cuando los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente estén directa o accesoriamente relacionados con dicha actividad.

La diferencia esencial entre esta cláusula y las anteriores son las consecuencias de su cumplimiento. Si se cumple la cláusula de cotización en bolsa el contribuyente tiene derecho a la aplicación completa del convenio. Por el contrario, *esta disposición se aplica separadamente por cada renta obtenida*⁵³². En cada caso, habrá que comprobar si el contribuyente realiza una actividad empresarial en el Estado de residencia y si el rendimiento obtenido en la fuente está directa o accesoriamente relacionado con esa actividad. El resultado, de ser positivo, sólo habilita al contribuyente a obtener la aplicación del convenio respecto a un rendimiento determinado. Por lo tanto, bajo el régimen de esta cláusula, puede darse la situación de que una sociedad que obtenga rendimientos en el Estado de la fuente solamente se le aplique el convenio respecto a una parte de esos rendimientos.

La complejidad de este método encuentra explicación en el fundamento que subyace a esta norma. Hay que comprobar si existe un motivo económicamente válido

⁵³⁰ Cfr. BERMAN, D.; HYNES, J., "Limitation...", *cit.*, p. 695. En nuestra opinión, tampoco excluye el otro fundamento, la existencia de un vínculo suficiente. No obstante, la extensión de dicho fundamento está definida en las dos cláusulas anteriores, por lo que si no se cumplen, *no se tiene un vínculo suficiente con el Estado de residencia*, en el sentido definido por el convenio.

⁵³¹ Cfr. BERMAN, D.; HYNES, J., "Limitation...", *cit.*, p. 695.

⁵³² Cfr. CAVESTANY MANZANEDO, M.A., "El artículo...", *cit.*, p. 5.

para obtener el rendimiento. Si no existe conexión directa o accesoria entre el rendimiento y la actividad, la norma considera que no concurre dicho motivo. A pesar de ello, no se puede negar que esta cláusula hace excesivamente gravoso la obtención del régimen convencional, porque requiere justificar cada vez que se obtiene un rendimiento el cumplimiento de la misma.

En último lugar se sitúa la "cláusula general de buena fe"⁵³³. En puridad no se trata de una verdadera cláusula de limitación de beneficios. Sólo se acudirá a ella cuando no se cumpla ninguna de las anteriores. No será raro que se produzcan estos supuestos, porque la redacción prevista en los convenios de estas normas reduce significativamente el abanico de los sujetos que gozan de la protección del convenio.

Cuando no se cumple ninguna de las tres cláusulas anteriores (la cláusula de cotización en bolsa, la cláusula de propiedad y erosión en la base y la cláusula de actividad), el contribuyente, a través de la cláusula general de buena fe, debe solicitar a la Administración tributaria del Estado de la fuente la aplicación del convenio. Cuando se estime la solicitud, el convenio se aplicará. Nótese que se disfruta del convenio en virtud de la decisión administrativa y no de la aplicación directa del mismo. Los elementos que valora la Administración para tomar esta decisión es "el hecho de que la constitución, adquisición y mantenimiento de dicha persona y la realización de sus operaciones no haya tenido como uno de sus principales objetos el disfrute de los beneficios del Convenio"⁵³⁴. En suma, *el contribuyente tiene que probar* que su presencia en el Estado de residencia no tiene como principal objetivo beneficiarse del convenio, porque existen motivos económicos válidos que la justifican.

Como se puede comprobar, tal y como están redactadas estas cláusulas, poco margen queda para realizar estructuras *treaty shopping* artificiosas⁵³⁵. Ahora bien, este

⁵³³ En este caso tomamos la denominación utilizada por los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE. Los convenios celebrados por EEUU la denominan *the discretionary provision*. La traducción directa sería "otorgamiento discrecional del convenio". No se trata, sin embargo, de un supuesto de discrecionalidad administrativa, sino más bien se refiere al hecho de que en estos casos es un acto administrativo quien otorga el derecho a recibir los beneficios del convenio.

⁵³⁴ Párrafo transcrito del art. 17.2 del convenio entre España y EEUU.

⁵³⁵ Cfr. MORRISON, P.; BENNETT, M., "The New U.S.-Netherlands Treaty: Part I...", *cit.*, p. 344.

resultado se produce como consecuencia de reducir significativamente el ámbito subjetivo de los convenios de doble imposición. Las consecuencias de no cumplir ni la cláusula de cotización en bolsa o la de propiedad y erosión en la base son bastante gravosas para el contribuyente. O bien tendrá que probar rendimiento por rendimiento que cumple la cláusula de actividad, o bien articular la difícil prueba de que actúa de buena fe en el sentido expuesto (cláusula general de buena fe). Es probable que entre los que quedan fuera de estas cláusulas se encuentren muchos sujetos cuya situación en modo alguno es reprochable. Sin embargo, recae sobre ellos, y *no sobre la Administración*, la carga de probar que, en efecto, tienen motivos económicos suficientes para justificar su presencia en el Estado de residencia.

En este sentido, desde un punto de vista material, el efecto principal de las cláusulas consiste en desplazar la carga de la prueba sobre el contribuyente. Esta consecuencia se percibe mejor si se examinan brevemente las dos formas posibles que pueden utilizarse para formular las cláusulas de limitación de beneficios.

En la primera forma, la aplicación del convenio solamente se subordina al concepto de residencia. El contribuyente debe estar sujeto por la renta mundial obtenida en alguno de los Estados partes. Seguidamente el convenio contemplaría una cláusula general que autoriza a la Administración a denegar su aplicación cuando la presencia en el Estado de residencia es por razones meramente fiscales, sin que concurren motivos económicos válidos⁵³⁶. No obstante, los contribuyentes que cumplan cualquiera de las cláusulas expuestas (cotización en bolsa, propiedad y erosión en la base y actividad) no podrán resultar afectados por la cláusula general. Las cláusulas de limitación de beneficios cumplirían la función, utilizando la expresión anglosajona, de "reglas de refugio" (*safe harbor rules*)⁵³⁷; "quien se encuentra del

⁵³⁶ Materialmente esta cláusula no añade nada a las normas o principios previstos en el ordenamiento del Estado de la fuente en esa materia. La cláusula general prevista en el convenio solamente autoriza expresamente su aplicación resolviendo los problemas que planteaba la aplicación de este tipo de normas en el ámbito de los convenios. No obstante, la formulación expresa de esta norma en el convenio seguramente coadyuva a que se realice una interpretación uniforme en esta materia. Aun así, no añadiría prácticamente nada, porque EEUU en convenios anteriores ha incluido una disposición similar. La única novedad es la incorporación de las cláusulas específicas que actúan como reglas de refugio ante la hipotética aplicación de la cláusula general.

⁵³⁷ Cfr. ALI, *International Aspects...*, cit., p. 177,

lado correspondiente de la raya está seguro, no tiene que temer una calificación de fraude de ley”⁵³⁸.

Nótese que esta formulación de las cláusulas no priva al concepto de residencia de la función que cumple en los convenios redactados conforme al Modelo OCDE. *La residencia en uno de los Estados contratantes atribuye el derecho a que se aplique el convenio*. Las cláusulas de limitación de beneficios solamente *impiden* sufrir las consecuencias de la aplicación de la cláusula general en materia de fraude a la ley prevista en el convenio, pero directamente no abren la puerta a los beneficios del convenio.

Para denegar el régimen del convenio, la “carga de la prueba” recae sobre la Administración⁵³⁹. El contribuyente solamente tiene que probar que es residente en uno de los Estados parte, cuestión que, como hemos visto, es relativamente sencilla. En cambio, sobre la Administración tributaria recae la difícil tarea de aplicar la cláusula general para *denegar* los beneficios del convenio.

La segunda alternativa es la plasmada en el Modelo EEUU de 1996 y es la que finalmente contemplan los convenios objeto de estudio⁵⁴⁰. El contribuyente sólo tiene derecho al régimen convencional si reside en alguno de los Estados parte y, además, cumple alguna de las cláusulas previstas en el convenio⁵⁴¹. En este caso, *el régimen del convenio se obtiene directamente por el cumplimiento de una las cláusulas previstas*, sin perjuicio de que también hay que cumplir el requisito de la residencia. Por lo tanto, en este supuesto las cláusulas no son verdaderamente *safe harbor rules*, porque constituyen un presupuesto para la aplicación del convenio y no para impedir su denegación.

⁵³⁸ PALAO TABOADA, C., “Notas...”, *cit.*, p. 9.

⁵³⁹ Como señala el profesor PALAO, “Notas...”, *cit.*, p. 8, la aplicación de la norma sobre el fraude a la ley tributaria es una cuestión de calificación y no una cuestión de hecho. La prueba de los hechos es una cuestión previa a la aplicación de esa norma. En este sentido, técnicamente es incorrecto utilizar la expresión “carga de la prueba” para referirse a estas cuestiones, porque esa expresión versa sobre cuestiones de hecho. A pesar de ello, teniendo presente el error técnico que supone, utilizaremos las expresiones “carga de la prueba” e “inversión de la carga prueba” porque reflejan perfectamente los efectos de las cláusulas de limitación de beneficios.

⁵⁴⁰ Y también en la revisión de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE propuestas para el año 2002.

⁵⁴¹ Con carácter previo, también habría que examinar si es el beneficiario efectivo.

Dada la redacción tan restrictiva de las cláusulas principales, no es raro que existan muchos sujetos que se queden fuera del ámbito de aplicación del convenio, aunque su presencia en el Estado de residencia no pueda sufrir reproche alguno⁵⁴². Estos contribuyentes deberán solicitar la aplicación del convenio a través de la cláusula general de buena fe. Al contrario que en la primera alternativa, *la carga de la prueba recae sobre el contribuyente* y no sobre la Administración, aunque esta vez, como parece lógico, esa carga se soporta no para denegar el convenio, sino para acceder al mismo. El contribuyente tiene que probar que su presencia en el Estado de residencia no se justifica exclusivamente en motivos fiscales, porque concurren motivos económicos válidos⁵⁴³.

La redacción prevista en los convenios ha optado por la opción más restrictiva. *El principal efecto que produce es la inversión de la carga de la prueba*⁵⁴⁴. Las cláusulas liberan a la Administración tributaria de la compleja y difícil tarea que supone la aplicación de las cláusulas generales contra el fraude, trasladando al contribuyente la carga de acreditar que "no actúa fraudulentamente"⁵⁴⁵. Este aspecto se observa con mayor intensidad cuando el contribuyente tiene que acceder al convenio a través de la cláusula general de buena fe.

Asimismo, bajo este sistema la Administración del Estado de la fuente podrá comprobar la situación de todos los contribuyentes del Estado de residencia que no cumplan ninguna de las cláusulas principales, porque buscarán el acceso a través de la cláusula general de buena fe. Precisamente, no se ha optado por el primer sistema, para impedir que determinadas operaciones se beneficien del convenio por la insuficiencia de medios que tiene la Administración para comprobar todas las transacciones. De igual modo, también evita que sea la Administración quien soporte

⁵⁴² Cfr. ALI, *International Aspects...*, cit., pp. 176 y 178.

⁵⁴³ Cfr. KAPLAN, P., "The Shoppable Treaty: Should it Become Extinct?", *TMIJ*, núm. 6, 1982, p. 8.

⁵⁴⁴ Cfr. DAHLBERG, M., "New Tax Treaty Between Sweden and the US Raises Questions about Treaty-Shopping", *Intertax*, núm. 8/9, 1997, p. 296.

⁵⁴⁵ FALCÓN Y TELLA, R., *Análisis...*, cit., p. 198 utiliza un argumento parecido para justificar la introducción del régimen de transparencia fiscal en la legislación española. En este sentido señala que "posiblemente haya sido la esterilidad del mecanismo previsto en el art. 24 de la LGT [para luchar contra la interposición de sociedades] una de las causas de la introducción de supuestos de transparencia obligatoria".

los problemas de aplicación intrínsecos a toda cláusula general contra el fraude a la ley tributaria⁵⁴⁶. La "carga de la prueba" recae ahora sobre el contribuyente.

Los convenios han optado por la segunda alternativa que es la más restrictiva. No hay que perder de vista que *el principal impulsor de la inclusión de estas normas en los convenios es EEUU*⁵⁴⁷. La inclusión de un conjunto homogéneo de cláusulas de limitación de beneficios en todos los convenios de doble imposición no forma parte de la política del resto de Estados en esta materia⁵⁴⁸.

Como ha señalado el *American Law Institute*, la reacción de los EEUU frente al *treaty shopping* ha sido desproporcionada⁵⁴⁹. En efecto, las estructuras *treaty shopping* no dependen exclusivamente del ámbito subjetivo de los convenios de doble imposición, sino también del régimen tributario previsto en el Estado intermedio. Las estructuras *stepping stone* técnicamente son más difíciles de ejecutar en los Estados cuyo ordenamiento contempla normas estrictas en materia de precios de transferencia

⁵⁴⁶ Cfr. ROSENBLUM, H.D., "Tax Treaty Abuse...", *cit.*, p. 828.

⁵⁴⁷ Cfr. TOMSETT, E., "Double Tax Treaties - Part II", *The Law Society's Gazette*, núm. 22, 1986, p. 1785 y BERMAN, D.; HYNES, J., "Limitation...", *cit.*, p. 692. DEBATIN, H.; ENDERS, D., *Das Doppelbesteuerungsabkommen USA/Bundesrepublik Deutschland*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1990, pp. 460 a 463, señalan que la inclusión de estas cláusulas en el convenio celebrado entre EEUU y Alemania implica una importante concesión de Alemania a EEUU, ya que estos supuestos se deberían corregir aplicando directamente la norma interna en materia de fraude a la ley tributaria.

⁵⁴⁸ Señala RAVENTOS, S., "El *treaty shopping* en los últimos convenios de doble imposición firmados por España", *RESE*, núm. 21, 1995, p. 61 que en el momento de la celebración del convenio con EEUU, "varios autores unieron su voz a la de los miembros de la administración tributaria para sugerir la introducción de tales cláusulas en la totalidad de los futuros convenios españoles". Desde entonces España ha negociado un buen número de convenios, pero sólo en algunos (Bolivia, Cuba, Irlanda, Israel, Portugal y Rusia) se han incluido medidas de este tipo. El informe del Ministerio de Economía y Hacienda español para la reforma del Impuesto sobre Sociedades (*Informe...*, *cit.*, pp. 203 y 204) establece que para evitar *la utilización abusiva de los convenios para evitar la doble imposición* "deben establecerse cláusulas específicas en los convenios bilaterales para evitar la doble imposición que impidan o dificulten su utilización abusiva. En este sentido las denominadas cláusulas de transparencia (no aplicación del convenio a las sociedades meramente instrumentales), de exclusión (inaplicación del convenio a las sociedades con régimen fiscal privilegiado) y de tránsito (inaplicación del convenio a entidades que destinen una parte sustancial de sus rentas a cumplir obligaciones contraídas con socios o personas o entidades no residentes en el país de su domicilio) entre otras, y siendo debidamente matizadas por la cláusula general de buena fe, *van penetrando paulatinamente en los convenios suscritos por España. Igualmente, la experiencia en la aplicación de estas cláusulas antiabuso constituye un seguro precedente para evitar la utilización ilegítima del régimen tributario previsto en las Directivas comunitarias relativas a la imposición directa*".

⁵⁴⁹ "As a general proposition, the Institute believes that the United States appears to have over-reacted to the treaty shopping problem". Cfr. ALI, *International Aspects...*, *cit.*, p. 165. Del informe del ALI se llega a deducir que las cláusulas de limitación de beneficios deberían articularse en el sentido opuesto al previsto en el Modelo EEUU de 1996, esto es, deberían ser simplemente *safe harbor rules* frente a la norma general sobre el fraude a la ley.

y subcapitalización. El otro aspecto que hay que tener en cuenta, es que el Estado intermedio no someta a tributación por obligación real los pagos realizados a no residentes.

Al depender estas estructuras del régimen en el Estado intermedio, no parece razonable que se aplique la misma medida a todos los Estados. El rigor de las cláusulas de limitación de beneficios debería guardar un equilibrio con las posibilidades que ofrece la legislación del Estado con el que se celebra el convenio⁵⁵⁰. De hecho es así como actúan el resto de Estados, siguiendo precisamente las indicaciones previstas en los Comentarios al artículo primero del Modelo OCDE: “cuando se considere [la inclusión de estas cláusulas] deberá tenerse en cuenta [...] el contexto legal de ambos Estados contratantes” (párrafo núm. 12).

No obstante, la postura de los EEUU, expresada en el Modelo de 1996, es bien distinta. La política de EEUU en materia de convenios de doble imposición tampoco tiene signos de variar porque los últimos convenios celebrados contienen este tipo de cláusulas y, aquéllos que no las incluyen o, que al menos no lo hacen con ese grado de extensión, están siendo objeto de renegociación⁵⁵¹. Además parece que la posición estadounidense va a recibir cierto apoyo por parte de la OCDE a raíz de las modificaciones propuestas de los Comentarios al Modelo para el año 2002.

Las cláusulas de limitación de beneficios, tal y como se han configurado en el Modelo EEUU, restringen significativamente el ámbito subjetivo de los convenios de doble imposición. Este efecto puede poner en peligro los objetivos asignados a los convenios de doble imposición: eliminar el obstáculo que la doble imposición internacional constituye para los movimientos internacionales de personas y servicios.

⁵⁵⁰ Cfr. ALI, *International Aspects...*, cit., p. 164 y LOENGARD, R., “A (modest)...”, cit., pp. 284 y 285. Como señalan SPECTOR, P.; SALOU, S., “The New U.S.-France Income Tax Treaty: Vive la Difference”, *TMIJ*, núm. 2, 1995, p. 97, no se entiende que el convenio con Francia contemple unas cláusulas igual de complejas que las del convenio con los Países Bajos, cuando Francia no es un Estado utilizado para operaciones *treaty shopping*.

⁵⁵¹ El convenio con Reino Unido, debido a su fecha de celebración (1975), solamente contiene un conjunto limitado de cláusulas. Su renegociación ha concluido con la firma de un nuevo convenio el 24 de julio de 2001. El objetivo de su renegociación ha sido precisamente introducir las normas que están siendo objeto de estudio. Cfr. CUSSONS, P., “U.S.-U.K. Treaty Re-Negotiation”, *TPIR*, núm. 12, 1998, pp. 7 a 10.

Como ha señalado algún autor, si estas normas materialmente no han tenido ya una repercusión significativa en esos ámbitos, es porque de hecho no se están aplicando⁵⁵². La veracidad de esta afirmación es difícilmente comprobable. No obstante, como veremos en el capítulo siguiente, sí es cierto que los procedimientos administrativos para su aplicación han flexibilizado sus consecuencias inmediatas (apartado VI)⁵⁵³.

Por otro lado, la política en esta materia de EEUU es difícilmente inteligible al ser un Estado exportador neto de capitales, cuyo sistema responde al modelo NEC (neutralidad en la exportación de capitales). Estas normas no contribuyen a afirmar el principio de residencia por el que opta el sistema tributario estadounidense, dado que también afectan a los residentes en EEUU⁵⁵⁴. En la medida en que la tributación en la fuente sea mayor, se incrementa igualmente el coste que tiene que soportar el Estado de residencia para eliminar la doble imposición internacional. Por lo tanto, si el Estado de la fuente aplica estrictamente estas reglas, aumentará el número de sujetos que quedan fuera del ámbito del convenio y, correlativamente, el coste fiscal para el Estado de residencia. Estas mismas críticas pueden trasladarse a las modificaciones propuestas para 2002 en los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE. Este Modelo parte, también, de la afirmación del principio de residencia.

Seguramente la razón de que las cláusulas de limitación de beneficios se hayan configurado de la manera expuesta, radica en que se han elaborado sin tener en cuenta que un Estado no sólo actúa como Estado de la fuente, sino también como Estado de residencia. Estas medidas no han sabido guardar el debido equilibrio en este conflicto de intereses⁵⁵⁵.

A pesar de ello, el presupuesto del que parten es positivo. El concepto de residencia del Modelo OCDE no impide este tipo de estructuras. El ámbito de los convenios de doble imposición necesita ser reforzado, para impedir su aplicación en

⁵⁵² LOENGARD, R., "A (modest)...", *cit.*, p. 282.

⁵⁵³ Cfr. KEIJZER, H.; LARKING, B., "Netherlands/U.S. Protocol to counter tax haven structures", *ITR*, núm. 12, 1993, p. 3.

⁵⁵⁴ Como advierten BURKE, W., *et al.*, "Report...", *cit.*, p. 285.

⁵⁵⁵ Cfr. TERR, L., "Treaty routing...", *cit.*, p. 523 y VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, *cit.*, p. 16-4.

supuestos fraudulentos, aunque quizás no hubiera sido necesario hacerlo en términos tan restrictivos. En este sentido, podrían haberse introducido estas cláusulas pero sin invertir la carga de la prueba. Obviamente, ello debería llevar consigo la articulación de los mecanismos necesarios para facilitar la aplicación de la norma general contra el fraude a la ley, cuya formulación debería introducirse en el convenio⁵⁵⁶. De esta forma, el cumplimiento de las cláusulas de limitación de beneficios, formuladas en sentido inverso, serviría para impedir la denegación del convenio y no para obtener su aplicación. En estos términos, el concepto de residencia seguiría siendo el único requisito que habría que cumplir para que los convenios fueran aplicables.

Por otro lado, la postura de los EEUU en esta materia parece no tener en cuenta las medidas adoptadas por la OCDE y la Unión Europea en materia de competencia fiscal dañina. Como se señaló al final del apartado I.C de este capítulo, algunos de los regímenes afectados por las actuaciones de la OCDE y la Unión en esa materia son justamente los que permiten eliminar el impuesto en el Estado intermedio. En este sentido, existiendo dichas actuaciones en el ámbito internacional, podría haberse considerado limitar la inclusión de este tipo de cláusulas⁵⁵⁷.

Es probable que ello no haya sido así, porque EEUU desconfíe de que estas actuaciones vayan a obtener finalmente resultados positivos. En cualquier caso, también hay que tener presente que mientras EEUU puede forzar a un Estado a aceptar la inclusión de cláusulas de limitación de beneficios en el convenio, es improbable que pueda forzarle a eliminar las medidas de su legislación que facilitan el *treaty shopping*⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ El informe de la OCDE, *Harmfull...*, cit., p. 68, señala que deben aclararse los problemas de aplicación de las normas generales en materia de fraude a la ley en el ámbito de los convenios de doble imposición.

⁵⁵⁷ No obstante, estas actuaciones no parecen ser incompatibles con la inclusión de cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición, ya que la recomendación núm. 9 del informe de la OCDE, *Harmfull...*, cit., p. 47 invita a su introducción. En el caso de las modificaciones propuestas en los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE, hay que señalar que también se adopta el otro enfoque, esto es, tener en cuenta el régimen tributario previsto en el Estado intermedio. Ello se realiza señalando que el método que hay que utilizar en estos casos es el método de exclusión.

⁵⁵⁸ Incluso cuando EEUU pudiera forzar la eliminación de dichos regímenes, no tiene medio alguno para impedir que se incluyan en el futuro. Además, como se ha señalado más atrás, hay que dudar de la posición que vaya a adoptar EEUU en el futuro respecto a estas medidas, toda vez que podría verse seriamente afectado.

La posición finalmente adoptada por EEUU ha consistido en incluir, con carácter general, estas cláusulas de limitación de beneficios en los convenios que celebra, con el objetivo de que solamente se beneficien del convenio los sujetos que guardan un vínculo suficiente con los Estados parte del convenio o tienen motivos económicos válidos para obtener el rendimiento desde el Estado de residencia.

III.C.- Las normas específicas contra el *treaty shopping* en las legislaciones de los Estados: su compatibilidad con los convenios de doble imposición y el *treaty override*

En este último apartado nos referiremos a la adopción de *normas específicas* contra estructuras *treaty shopping* en la legislación interna. No se trata, por lo tanto, de analizar los problemas que plantea la aplicación en el ámbito de los convenios de doble imposición de las normas generales previstas en los ordenamientos de los Estados para combatir los supuestos de fraude a la ley tributaria –cuestión que ya se ha examinado-, sino de analizar los problemas que plantean las normas adoptadas unilateralmente por los Estados con el fin específico de denegar los beneficios previstos en los convenios de doble imposición cuando se produce una estructura *treaty shopping*.

En primer lugar hay que resaltar que se tratan de *normas adoptadas unilateralmente* por un Estado parte del convenio, con el fin de limitar el ámbito de aplicación del mismo. Dicha limitación se articula, fundamentalmente, con la intención de impedir la aplicación de los convenios en supuestos de *treaty shopping*. Los Estados que han adoptado este tipo de normas, las han configurado en términos semejantes a las cláusulas de limitación de beneficios. Estas normas, al igual que sucede cuando se introducen en el convenio, reducen materialmente el ámbito subjetivo del convenio. La característica principal de estas normas es que se han adoptado *unilateralmente* por parte de uno de los Estados que han celebrado el convenio.

Estas medidas unilaterales suponen, como ha señalado la OCDE, un incumplimiento del convenio (*tax treaty override*)⁵⁵⁹. De acuerdo con los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Las partes no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Según la OCDE, cuando se aprecia una utilización abusiva del convenio, la reacción no debe ser la adopción de normas de esta naturaleza⁵⁶⁰. Téngase en cuenta que suponen una limitación generalizada de los términos de acceso al convenio. Esta situación dista mucho de los supuestos en los que los Estados aplican sus normas generales en materia de fraude a la ley tributaria para denegar la aplicación de un convenio cuando, en un caso concreto, se ha apreciado una situación de abuso. En estos casos, no se produce una modificación generalizada de los términos del convenio, sino simplemente la inaplicación del mismo a un supuesto determinado. A pesar de las reservas que se han formulado respecto a esas normas, y siempre que se realice con las debidas cautelas, su aplicación, como hemos visto, parece admitirse en el ámbito internacional⁵⁶¹.

Por el contrario, la adopción de una normativa en el sentido expuesto, al significar una modificación sustancial *unilateral* de los términos del convenio, no puede admitirse. Las vías de corrección deben ser la renegociación del convenio o, en su caso, su terminación. En este sentido, los arts. 60 y ss. de la CVDT reconocen el derecho a dar por terminado un tratado cuando se produzca una inobservancia injustificada del mismo según las normas del Derecho internacional o se haya producido un cambio fundamental de las circunstancias⁵⁶².

Lo anterior, sin embargo, no ha impedido la adopción de normas unilaterales específicas por parte de los Estados. La posibilidad de adoptar estas disposiciones depende en gran medida del Derecho nacional de cada Estado.

⁵⁵⁹ OCDE, "Tax Treaty Override", *cit.*, p. 28.

⁵⁶⁰ OCDE, "Tax Treaty Override", *cit.*, p. 31. *Cfr.* BECKER, H., "Germany (Federal Republic): Treaty Shopping/Treaty Override", *ET*, núm. 12, 1988, p. 385.

⁵⁶¹ *Cfr.* epígrafe II.A del capítulo segundo.

⁵⁶² *Cfr.* REMIRO BROTONS, A., *et al.*, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 284 a 287.

Desde el punto de vista del Derecho internacional, la superioridad de los tratados es admitida sin discusión⁵⁶³. Por el contrario, desde el punto de vista del Derecho interno, la cuestión es notablemente más compleja. La posición de los tratados respecto al Derecho interno en los distintos ordenamientos es muy variada.

En primer lugar, se encuentran los ordenamientos que reconocen la prevalencia de los tratados respecto a la legislación interna. En este caso, el ordenamiento interno garantiza la observancia de las normas y obligaciones internacionales. Las normas internas anteriores y posteriores contrarias a un tratado no serán aplicables. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el ordenamiento español⁵⁶⁴. Según el art. 96 de la Constitución española, las disposiciones de los tratados válidamente celebrados sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los mismos o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. En consecuencia, con relación a los convenios celebrados por España, no es posible que se produzcan supuestos de *treaty override*, porque ninguna regla anterior ni posterior a un convenio de doble imposición puede alterar lo convenido en éste. El convenio mantendrá su vigencia hasta el momento en que sea modificado o denunciado⁵⁶⁵.

En segundo lugar, se encuentran los ordenamientos que establecen la equiparación entre las normas internas y las reglas convencionales, otorgándoles el mismo rango. La concurrencia entre ambas normas se resuelve con base en la regla *lex posterior derogat lex anterior*. Conforme a estos sistemas, la ley posterior prevalece sobre el tratado.

En estos ordenamientos, sí es posible supuestos de *treaty override*. El ejemplo paradigmático es el ordenamiento estadounidense⁵⁶⁶. Como señala BORRÁS, sobre la

⁵⁶³ Cfr. BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Problemática general que suscita la aplicación del convenio", en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *Estudios sobre el convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición*, GF, Madrid, 1991, p. 57.

⁵⁶⁴ También es así, por ejemplo, en Francia y los Países Bajos. Cfr. REMIRO BROTONS, A., *et al.*, *Derecho Internacional*, cit., p. 401.

⁵⁶⁵ Cfr. BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Problemática...", cit., p. 59.

⁵⁶⁶ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional en los convenios...*, cit., pp. 44 y 45.

base de la práctica existente y de la Constitución de los EEUU, el *Restatement of the law Third* (1986), señala en su sección 115, que una Ley (*Act*) del Congreso prevalecerá sobre el convenio preexistente *si resulta claro* que tal sea la intención del Congreso y no cabe aplicar conjuntamente ambas normas⁵⁶⁷. A pesar de que el *Restatement* dice que prevalece la norma interna, ello no significa que los Estados Unidos quede exento del cumplimiento de la obligación internacionalmente asumida y de las consecuencias derivadas de la violación de tal obligación. No obstante, en la práctica no es posible exigir que se cumpla la obligación de respetar el tratado, porque el Derecho internacional no contempla medios suficientes a tal efecto⁵⁶⁸.

Los EEUU no han tenido reparo alguno a la hora de adoptar disposiciones que suponen un incumplimiento de los convenios celebrados⁵⁶⁹. El supuesto más relevante de *treaty override* en la normativa estadounidense es la legislación sobre el *branch tax* aprobada en 1986 (imposición adicional sobre las sucursales en materia de dividendos)⁵⁷⁰. El Congreso americano justifica este impuesto alegando la necesidad de

⁵⁶⁷ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Problemática...", *cit.*, pp. 59 y 60. El párrafo 7852(d) del *Internal Revenue Code* americano, tras su modificación en 1988, señala que "para determinar la relación entre la disposición de un tratado y una ley de los Estados Unidos en materia tributaria, ni el tratado ni la ley tendrán un estatuto preferencial como consecuencia de tratarse de un tratado o de una ley". El párrafo 984(a) establece que las disposiciones del Código se aplicarán con el debido respeto (*due regard*) a cualquier obligación convencional de los Estados Unidos que sea aplicable a tal contribuyente. Esta declaración de la legislación americana no garantiza que no se produzcan supuestos de *treaty override*, a tenor de lo señalado respecto a su Constitución. Es más, puede percibirse que ese propósito de los EEUU de cumplir con sus obligaciones internacionales no es tal, ya que justamente la redacción anterior a 1988 del párrafo 7852(d) establecía que no se aplicaría ninguna disposición del Código que fuera contraria a un tratado celebrado por EEUU. La redacción anterior, sin embargo, no tenía efectos relevantes. Siempre es posible que una norma posterior, que tuviera la intención de incumplir un convenio, la derogase con carácter general o para el caso concreto. No obstante, si desprendía un *animus* de cumplir los tratados celebrados, que no se contempla en la redacción posterior ni en el párrafo 894 del Código. *Cfr.* BECKER, H.; WÜRM, F., "Double-taxation conventions and the conflict between international agreements and subsequent domestic laws", *Intertax*, núm. 8/9, 1988, p. 261, VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, *cit.*, p. 192, nota 4 y DOERNBERG, R., *International Taxation*, West Publishing Company, St. Paul, 1999, pp. 106 y 107.

⁵⁶⁸ En este sentido, BECKER, H.; WÜRM, F., "Double-taxation...", *cit.*, p. 262 y DOERNBERG, R., *International...*, *cit.*, pp. 106 y 107. Como señalan estos autores, la única posibilidad de reacción es que el otro Estado parte termine, total o parcialmente, el convenio.

⁵⁶⁹ *Cfr.* VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, *cit.*, p. 193.

⁵⁷⁰ Regulada en el párrafo 884 del *Internal Revenue Code*. En desarrollo de estas normas la Administración tributaria americana dictó las *Treasury Regulations* 1884-4. Pueden encontrarse en *International Income Taxation. Code, & Regulations. Selected Sections*, Commerce Clearing House, Inc., Chicago, 1993, pp. 1083 a 1097. Sobre los motivos que justifican la inclusión de estas normas y su configuración véase *General Explanation of the Tax Reform Act of 1996*, Prentice Hall, Inc., Englewood Cliffs, 1987, pp. 1035 a 1047. Esta normativa establece una imposición adicional sobre los beneficios distribuidos por la sucursal a su central y sobre los intereses pagados a entidades no

evitar la discriminación entre las sociedades residentes en EEUU y las sucursales de sociedades no residentes que operaban en territorio americano⁵⁷¹. En principio, los beneficios obtenidos por estos dos entes tributan en términos semejantes. El régimen diferente se materializa, a juicio de la Administración americana, cuando se procedía a la distribución del beneficio obtenido. Un no residente en EEUU que percibe un dividendo de una sociedad residente en EEUU está sujeto a tributación por obligación real. Por el contrario, la central de una sucursal ubicada en EEUU no está sujeta a impuesto alguno cuando la sucursal le transfiere el beneficio generado en territorio estadounidense.

Con el fin de asimilar ambos regímenes, se establece un impuesto sobre el beneficio transferido por la sucursal situada en EEUU a la sociedad no residente a la que pertenece, que asciende al treinta por ciento de su importe bruto. En el momento de adoptar esta normativa, EEUU tuvo en cuenta que estas normas podrían ser contrarias a algunos de los convenios de doble imposición celebrados con anterioridad a su adopción. Para evitar dicho conflicto, se manifestó la intención de renegociar esos convenios. Respecto a los convenios posteriores, se procedió a introducir las disposiciones necesarias para permitir su exacción⁵⁷². Estos convenios normalmente establecen límites a la normativa interna en esta materia. En primer lugar, se limita el montante del impuesto, equiparándolo, normalmente, al techo de imposición previsto para los dividendos derivados de participaciones empresariales. En segundo lugar, se establecen límites con respecto a la determinación del rendimiento que queda gravado.

La intención de los EEUU era respetar los convenios que no permitían este gravamen y, a su vez, observar también los límites establecidos en los convenios en los que se regula expresamente. Sin embargo, para los dos supuestos, se condiciona el respeto a los límites convencionales al hecho de que el no residente tenga la condición de *residente cualificado*. Es en este punto donde se produce el *treaty override*.

residentes por la sucursal. Aquí solamente nos referiremos a la imposición adicional sobre los beneficios distribuidos.

⁵⁷¹ Cfr. *General Explanation of the Tax of 1996*, Prentice Hall, Inc., Englewood Cliffs, 1997, p. 1036 y OLALDE MARTÍN, T., *et al.*, "El convenio para evitar la doble imposición entre España y Estados Unidos", *CaT*, núm. 107, 1990, p. 8.

⁵⁷² Cfr. *General Explanation...*, *cit.*, p. 1038.

Solamente en los casos en que el no residente tenga la condición de residente cualificado, los EEUU aplicará, o no aplicará, el gravamen del *branch tax* de acuerdo con los límites de los convenios celebrados. Cuando el no residente no tiene la condición de residente cualificado, el *branch tax* se aplica en toda su extensión⁵⁷³.

La finalidad de este requisito era impedir el *treaty shopping*⁵⁷⁴. No se trataba de evitar cualquier tipo de *treaty shopping*, sino solamente el que consiste en situar la sociedad a la que pertenece la sucursal establecida en EEUU en un Estado cuyo convenio con EEUU no permite el *branch tax* o limita sensiblemente su alcance.

La condición de residente cualificado se adquiere, según la legislación americana, por el cumplimiento de cualquiera de las cláusulas siguientes: cláusula de cotización en bolsa, cláusula de propiedad y erosión en la base y cláusula de actividad. Quiénes no cumplan ninguna de estas cláusulas podrán solicitar a la Administración de EEUU el otorgamiento de esa condición (cláusula general de buena fe). Estas cláusulas se configuran en términos análogos a los expuestos en el epígrafe anterior⁵⁷⁵. De hecho, las cláusulas de limitación de beneficios previstas en el Modelo de EEUU de 1996 y los convenios objeto de estudio se han configurado a partir de las establecidas en la normativa americana sobre el *branch tax*⁵⁷⁶.

El régimen jurídico específico de las cláusulas de la normativa americana no va a ser objeto de estudio. No obstante, en el próximo capítulo, se harán referencias a las mismas, al hilo del estudio de las cláusulas incluidas en los convenios de doble imposición. Solamente hay que resaltar que el ámbito de aplicación de las cláusulas del *branch tax* es distinto. El concepto de residente cualificado sólo es exigible para evitar la aplicación de la normativa en materia del *branch tax*, o mejor dicho, para impedir que los EEUU no respete los límites establecidos por el convenio de doble imposición implicado. Como se puede apreciar, es claro que estas normas americanas

⁵⁷³ Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 198.

⁵⁷⁴ Cfr. *General Explanation...*, cit., p. 1041, VAN HERKSEN, M., "Limitation...", cit., p. 21 y MCDANIEL, P.; AULT, H., *Introduction...*, cit., pp. 71 y 72.

⁵⁷⁵ Cfr. CAVESTANY MANZANEDO, M.A., "El artículo...", cit., p. 4.

⁵⁷⁶ Cfr. LERNER, P.; LEOVITZ, M.; PRIDJIAN, J., "Treaty Shopping and U.S. Tax Policy: New Approaches", *TPIR*, núm. 10, 1992, p. 31.

incumplen las obligaciones internacionales asumidas por EEUU como consecuencia de haber celebrado convenios de doble imposición. El concepto de residente cualificado incide significativamente en el ámbito subjetivo de los convenios con respecto a un determinado tipo de imposición, el impuesto sobre los beneficios transferidos por las sucursales a su central.

Pues bien, la práctica del *treaty override* tiene consecuencias importantes sobre los convenios de doble imposición. Una de las finalidades de los convenios es introducir un elemento de certidumbre en el régimen tributario que soportan los no residentes en el Estado de la fuente. La práctica del *treaty override* rompe la seguridad jurídica que los convenios de doble imposición pretenden instaurar en esta materia. Esta situación puede desincentivar la realización en el futuro de inversiones en el Estado que practica el *treaty override*, precisamente por la inseguridad que este fenómeno genera sobre la carga tributaria que finalmente soportarán esas inversiones⁵⁷⁷. Igualmente, desde un punto de vista político, desacreditará en la esfera internacional a los Estados que lleven a cabo continuamente estas prácticas. La pérdida de credibilidad que sufrirán estos Estados puede dificultarles seriamente la celebración de convenios en el futuro⁵⁷⁸.

En el caso de EEUU no se ha producido la segunda consecuencia. Los EEUU han seguido celebrando convenios de doble imposición. Es más, tras la adopción de la normativa del *branch tax*, se ha generalizado la inclusión en los convenios de cláusulas similares a las previstas por dicha normativa. Por el contrario, la primera consecuencia que produce el *treaty override* (incertidumbre) sí se ha producido. Por ello se comprende que en convenios como el celebrado entre EEUU y los Países Bajos, este último Estado exprese sus preocupaciones por el fenómeno del *treaty override*, estableciendo en el propio texto del convenio la obligación de comunicar cualquier modificación de la legislación interna que pueda implicar un incumplimiento

⁵⁷⁷ Cfr. BECKER, H.; WÜRM, F., "Double-taxation...", *cit.*, p. 262.

⁵⁷⁸ Cfr. BECKER, H.; WÜRM, F., "Double-taxation...", *cit.*, pp. 262 y 263. No obstante, como ha señalado PHILLIPS, J., *International...*, *cit.*, p. 15, a pesar de que los EEUU han realizado continuamente estas prácticas, no han mermado su posición internacional en esta materia. Los Estados que han celebrado convenios con EEUU no han terminado ningún convenio.

del convenio⁵⁷⁹. En este supuesto, la disposición está dirigida claramente a EEUU. En el Derecho holandés los tratados prevalecen sobre la legislación interna, por lo que no son posibles supuestos de *treaty override*.

Por último, nos vamos a referir a la actuación de Suiza en esta materia. El 14 de diciembre de 1962 Suiza adoptó un Decreto para impedir el *treaty shopping*. Esta norma tiene como fin mostrar al resto de los Estados que no tenía la intención de favorecer el establecimiento de sociedades en su territorio, al efecto de canalizar a través de su red de convenios la obtención de todo tipo de rentas⁵⁸⁰.

Las normas adoptadas por Suiza contra el *treaty shopping* pretenden evitar que determinados sujetos se beneficien de los límites que los convenios establecen para la tributación en la fuente. La aplicación de estas normas, normalmente, corresponde al Estado de la fuente y no al Estado de residencia. Precisamente las normas en esta materia pretenden que el Estado de la fuente no aplique el convenio cuando la entidad residente en el otro Estado parte realiza un uso abusivo del convenio.

Pues bien, las normas suizas protegen la tributación en la fuente frente a las estructuras *treaty shopping* pero desde la posición del Estado de residencia. En este sentido, el Decreto contempla una serie de medidas para evitar que las entidades residentes en Suiza puedan beneficiarse de las reducciones en la fuente previstas en

⁵⁷⁹ El art. 29.6 del convenio entre los EEUU y los Países Bajos establece dicha obligación. Con ello se pretende que los Estados parte tomen las medidas necesarias para permitir que el convenio se aplique plenamente. En un intercambio de cartas entre ambas Administraciones realizado el 18 de diciembre de 1992 se indica que cuando no sea posible la aplicación plena del convenio, en virtud de la legislación interna adoptada, los Estados parte procederán a la renegociación del convenio. Cfr. MORRISON, P.; BENNETT, M., "The New U.S.-Netherlands Treaty: Part II", *TNI*, núm. 3, 1993, pp. 609 y 610. El convenio celebrado entre EEUU y España contiene una disposición similar. El art. 20 del Protocolo establece que "cuando se produzcan cambios sustanciales en la legislación interna de los Estados contratantes [...] las autoridades competentes se consultarán sobre la conveniencia de negociar modificaciones del convenio para reflejar dichos cambios". Cfr. BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Problemática...", *cit.*, p. 60.

⁵⁸⁰ La versión en inglés del Decreto se encuentra en "Swiss Measures Against the Abuse of Tax Conventions", *Publications of the IBFD*, núm. 19, 1963, pp. 33 a 36. La Administración tributaria dictó una circular aclarando algunos aspectos de la aplicación de los preceptos del texto, contenida también en la obra citada (pp. 37 a 41). Esta circular se modificó parcialmente en 1998. Véase el trabajo de REINARZ, P., "Switzerland: Revised Swiss Anti-Treaty Shopping Rules", *BIFD*, núm. 3, 1999, pp. 116 y 117 comentando estas modificaciones.

los convenios celebrados por este Estado. Estas medidas se aplican cuando se considera que la presencia en territorio suizo es abusiva.

El Decreto, con carácter general, establece que existirá una utilización abusiva del convenio cuando una parte sustancial de los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente que se benefician del convenio celebrado, se atribuyan, directa o indirectamente, a sujetos que no tienen derecho a la aplicación del convenio – principalmente, a residentes en Estados terceros-. Posteriormente el Decreto concreta la norma general a través de una serie de supuestos. Se trata esencialmente de tres: entidades que destinan la mayor parte de sus rendimientos a atender obligaciones con no residentes que producen un gasto deducible (erosión en la base), entidades participadas mayoritariamente por no residentes que se limitan a acumular beneficios sin proceder a una distribución razonable de los mismos en los distintos ejercicios y entidades que actúan como meros fiduciarios respecto a la obtención de rendimientos⁵⁸¹. La norma considera que los sujetos que se encuentren en alguno de los supuestos anteriores realizan una utilización abusiva del convenio. No obstante, existe una serie de excepciones para los dos primeros supuestos. Se considerará que un sujeto no utiliza abusivamente el convenio cuando realiza una actividad empresarial (cláusula de actividad) o cotiza en bolsa (cláusula de cotización en bolsa)⁵⁸². Como se puede apreciar, en algunos aspectos, esta norma suiza se asimila a las cláusulas de limitación de beneficios.

*La peculiaridad de estas normas radica en que es el propio Estado de la residencia, y no el Estado de la fuente, quien desacredita a las entidades residentes en su territorio para obtener los beneficios del convenio respecto a la tributación en la fuente*⁵⁸³. A tal efecto, la norma suiza prevé que no se otorgarán certificados de residencia en Suiza o se revocarán los ya otorgados y se informará al Estado de la fuente de la utilización abusiva del convenio, a tenor de sus normas, por parte del sujeto residente en su territorio. Incluso esta disposición prevé que en los casos en que se produzca abuso, la propia Administración suiza exigirá a la entidad residente en su

⁵⁸¹ Cfr. LÜTHI, D., "Countering...", *cit.*, p. 338.

⁵⁸² Cfr. REINARZ, P., "Revised...", *cit.*, p. 117.

⁵⁸³ Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, *cit.*, p. 206.

territorio el impuesto dejado de ingresar en el Estado de la fuente en virtud de la aplicación del convenio. Las sumas recaudadas se pondrán a disposición del Estado de la fuente.

Como se puede comprobar, aunque varía el sujeto que adopta las medidas contra el *treaty shopping*, su configuración coincide, en lo sustancial, con las cláusulas de limitación de beneficios. El carácter unilateral de estas normas crea los mismos problemas que el *treaty override* realizado por EEUU. *No obstante, estas normas introducen un elemento positivo, implican directamente al Estado de residencia en el fenómeno del treaty shopping.* En efecto, no se trata de que el Estado de la fuente niegue la aplicación del convenio porque considera que la presencia del sujeto en el Estado de residencia es abusiva, sino que es el propio Estado de residencia quien arbitra los mecanismos oportunos para que las entidades residentes en su territorio no se beneficien en la fuente del convenio cuando su actuación se califica como abusiva. Desde este punto de vista, la norma suiza debe valorarse positivamente.

CAPÍTULO TERCERO:

RÉGIMEN JURÍDICO Y APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE BENEFICIOS

I.- Planteamiento

Constituye el objeto de este capítulo el análisis del régimen jurídico y aplicación de las cláusulas de limitación de beneficios. Este análisis se efectuará a partir del Modelo EEUU de 1996 y los convenios de doble imposición celebrados por EEUU con los Estados miembros de la Unión Europea⁵⁸⁴. Se ha delimitado el ámbito de los convenios estudiados a los celebrados por EEUU con la Unión Europea porque en el capítulo cuarto se analizará su compatibilidad con el Derecho comunitario. También prestaremos atención a las normas de esta naturaleza previstas en los convenios de doble imposición celebrados por España distintos al de EEUU.

El análisis de los convenios celebrados por EEUU con Estados miembros de la Unión Europea se realizará a partir del régimen establecido en el art. 22 del Modelo EEUU de 1996. Todos los convenios referidos siguen la estructura del art. 22 del Modelo EEUU de 1996, sin perjuicio de las particularidades propias de cada convenio derivadas del proceso de negociación⁵⁸⁵. Esas particularidades se mencionarán al hilo del estudio de cada cláusula.

⁵⁸⁴ También se hará referencia a las cláusulas *aisladas* de limitación de beneficios previstas en los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE y al sistema general de cláusulas de limitación de beneficios, similar al art. 22 del Modelo EEUU, que se prevén en el nuevo párrafo 20 de los Comentarios al art. 1 (versión 2002).

⁵⁸⁵ Los convenios objeto de estudio que contienen una disposición similar a la prevista en el art. 22 del Modelo EEUU de 1996 son los siguientes: art. 28 del convenio con Alemania (1989), art. 16 del convenio con Austria (1996), art. 22 del convenio con Dinamarca (1999), art. 17 del convenio con España (1990), art. 16 del convenio con Finlandia (1989), art. 30 del convenio con Francia (1994), art. 23 del convenio con Irlanda (1997), art. 2 del Protocolo del convenio con Italia (1999), art. 24 del convenio con Luxemburgo (1996), art. 26 del convenio con los Países Bajos (1992), art. 17 del convenio con Portugal (1994), art. 23 del convenio con Reino Unido (2001) y art. 17 del convenio con Suecia (1994). Los convenios con Grecia (1950) y Bélgica (1970) no contienen una disposición similar. El convenio con Bélgica prevé algunas cláusulas de limitación de beneficios similares al Modelo EEUU de 1977. El convenio con Grecia no prevé ningún tipo de cláusulas de limitación de beneficios. Hay que significar también que los convenios con Italia y Reino Unido todavía no han entrado en vigor. Nuestro estudio se referirá, no obstante, a ellos, ya que los convenios anteriores sólo contienen cláusulas de limitación de beneficios similares a las del Modelo EEUU de 1977.

Hay que hacer notar que si bien el régimen de estas cláusulas se regula siempre en un único precepto, la ubicación del mismo varía según el convenio. En la mayoría, los protocolos añaden o aclaran algún aspecto de estas cláusulas, por lo que deben tomarse también en cuenta.

Igualmente, la mayoría de los convenios incorpora un Memorandum interpretativo (*Memorandum of Understanding*), que afecta también a las cláusulas de limitación de beneficios. Estos documentos recogen un acuerdo de las autoridades competentes de los Estados parte del convenio sobre la interpretación y aplicación de sus disposiciones. Técnicamente, el Memorandum no forma parte del convenio pero, de conformidad con el art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es parte del contexto del tratado, por lo que deberá ser tenido en cuenta a la hora de su interpretación y aplicación⁵⁸⁶.

Las *Technical Explanations* emitidas por la Administración tributaria americana no forman parte del contexto de los convenios en el sentido del art. 31 de la CVDT, porque recogen exclusivamente una interpretación unilateral⁵⁸⁷. No obstante, las TE constituye un referente importante para determinar el alcance exacto de las cláusulas de limitación de beneficios. De ahí que, las TE deben ser tomadas en consideración a la hora de analizar el régimen jurídico de estas cláusulas.

Las cláusulas de limitación de beneficios incorporan una serie de conceptos (*sustancialidad, participaciones principales, etc.*) desconocidos en muchas legislaciones, para los que tampoco el convenio prevé una definición. En estos

⁵⁸⁶ Cfr. RIVES RIVES, A., *La interpretación...*, cit., pp. 571 y 572. Los convenios que tienen un Memorandum interpretativo son los siguientes: Alemania, Austria y los Países Bajos. En los convenios con Alemania, Francia, Irlanda, Luxemburgo, los Países Bajos y Reino Unido se han utilizado intercambios de cartas y notas que recogen algunos aspectos sobre la interpretación y aplicación del tratado. Cfr. DEBATIN, H.; ENDERS, D., *Das neue...*, cit., p. 473.

⁵⁸⁷ Los convenios que tienen una TE son los siguientes: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Irlanda, Italia, Finlandia, Luxemburgo y los Países Bajos. El propio Modelo EEUU de 1996 tiene una TE. Estos documentos pueden encontrarse en la base de datos del IBFD, *Tax Treaties Data Base*, IBFD, Ámsterdam, 2001 y en la página web del IRS http://www.irs.gov/ind_info/treaties.html. La TE del convenio en España, traducida al español por GONZÁLEZ POVEDA, puede encontrarse en los números 17, 18 y 19 de *Tribunal Fiscal. Las referencias a las TE, a no ser que se indique lo contrario, se harán a la TE del Modelo EEUU 1996*.

supuestos, de acuerdo con lo establecido en el art. 3.2 del Modelo OCDE, al que le sigue el art. 3.2 del Modelo EEUU de 1996, cualquier expresión no definida, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, tendrá el significado previsto en la legislación del Estado que aplica el convenio.

En muchos casos la remisión a la legislación interna no va a resolver el problema de la determinación del significado, especialmente si el Estado que aplica el convenio no es EEUU. Ello se debe a que la mayoría de estos preceptos están tomados de la legislación estadounidense. Sin embargo, hay que resaltar que algunos convenios (los celebrados con Dinamarca, Francia, Irlanda, Luxemburgo, los Países Bajos y Reino Unido) prevén algunas definiciones al respecto. Materialmente, estas definiciones no se apartan en lo sustancial de las contempladas en la legislación estadounidense. Aún así, hay que tener en cuenta que garantizan la estabilidad del significado del concepto, particular que no sucede a través de la técnica de la remisión al Derecho interno⁵⁸⁸.

Estas definiciones pueden, también, resultar útiles para concretar el significado en los convenios donde no están previstas. Asimismo, facilitan la elaboración de conceptos autónomos que contribuyen en mejor medida que la técnica de la remisión, a la interpretación uniforme de los convenios.

Sin perjuicio del art. 3.2 del Modelo OCDE, el Derecho interno del Estado de la fuente es insuficiente para resolver todos los problemas de aplicación de estas cláusulas. Como veremos, es imprescindible acudir a la legislación del Estado de residencia para concretar el cumplimiento de los requisitos de estas cláusulas. En este sentido, las principales referencias las haremos al Derecho español y al convenio celebrado entre España y EEUU. Igualmente, en el apartado dedicado a la aplicación de estas cláusulas, el análisis será básicamente sobre el Derecho español.

⁵⁸⁸ No vamos a abordar el problema de la técnica de la remisión al Derecho interno que suscita el art. 3.2 del Modelo OCDE. Baste con señalar que existen dos alternativas. En primer lugar, entender que la remisión al Derecho interno se refiere al significado previsto en el momento de celebrar el convenio (interpretación estática). En segundo lugar, la remisión al Derecho interno se proyecta sobre la definición del concepto prevista en cada momento por la legislación nacional (interpretación dinámica). Sobre ello AVERY JONES, J., "Article 3.2...", *cit.*, pp. 252 a 257 y AULT, H., "The Role...", *cit.*, pp. 147 a 148.

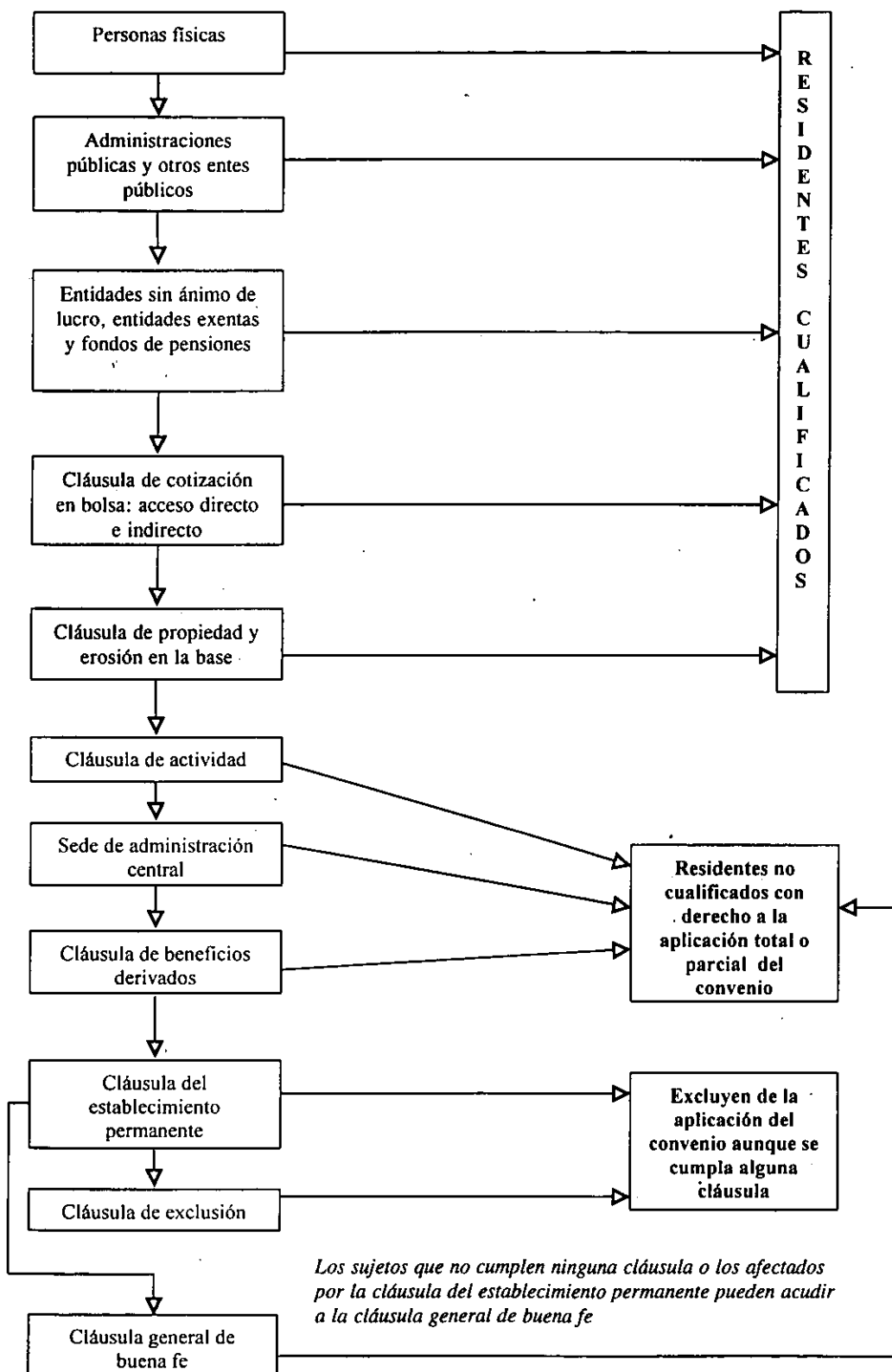
El orden de la exposición será el siguiente. En primer lugar, analizaremos las cláusulas que otorgan el derecho a la *aplicación completa del convenio*. Estas cláusulas son las que otorgan la condición de *residente cualificado*. En segundo lugar, examinaremos las cláusulas que otorgan derecho a la aplicación del convenio pero que no otorgan la condición de residente cualificado. A ellos nos referiremos como *residentes no cualificados con derecho a la aplicación del convenio*. En tercer lugar, las cláusulas que permiten el acceso a determinados beneficios del convenio. A ellos nos referiremos como *residentes no cualificados con derecho a la aplicación parcial del convenio*. La aplicación parcial suele referirse a las siguientes categorías de rendimientos: dividendos, intereses, cánones y el *branch tax*.

Las cláusulas de exclusión se estudiarán en cuarto lugar. Estas cláusulas deniegan la aplicación del convenio (cláusula de exclusión y del establecimiento permanente) aunque, eventualmente, el sujeto se encuentre en alguna de las tres situaciones anteriores. Sistemáticamente hemos situado este punto en último lugar, porque utilizan conceptos cuya comprensión se facilita si previamente se han examinado las cláusulas anteriores. Asimismo, en algunos casos solamente se puede comprobar cuándo se aplica la cláusula de exclusión si previamente el sujeto reúne los requisitos de alguna de las cláusulas que dan derecho a la aplicación del convenio. Los sujetos que no cumplan ninguna de las cláusulas anteriores, o estén dentro del ámbito de aplicación de una cláusula de exclusión, podrán acudir a la cláusula general de buena fe. En último lugar, examinaremos los aspectos procedimentales de la aplicación de estas cláusulas.

A continuación se incluye un esquema sobre el funcionamiento de los convenios con cláusulas de limitación de beneficios:

Estructura de los convenios con cláusulas de limitación de beneficios

- 1.- Requisito de la residencia en uno de los Estados parte del convenio
- 2.- Ser beneficiario efectivo de los rendimientos
- 3.- Cumplir alguna de las cláusulas de limitación de beneficios (esquema general)



II.- Cláusulas que otorgan la condición de residente cualificado

II.A.- Personas físicas

Las personas físicas solamente tienen que ser residir en cualesquiera de los Estados parte del convenio para tener la condición de residentes cualificados. Como vimos en el capítulo anterior (apartado III.B.3), el concepto de residencia aplicable a las personas físicas reúne, por sí mismo, los presupuestos sobre los que se asientan las cláusulas de limitación de beneficios.

Aunque la nacionalidad no es un criterio de sujeción admitido por el art. 4.1 del Modelo OCDE, el art. 4.1 del Modelo EEUU de 1996 lo menciona expresamente⁵⁸⁹. Los convenios celebrados por EEUU siguen el art. 4.1 de su Modelo, por lo tanto, la nacionalidad, cuando determine la sujeción por la renta mundial en un Estado, atribuirá la condición de residente a los efectos del convenio.

La nacionalidad es un criterio de sujeción por la renta mundial obtenida en EEUU. Los nacionales estadounidenses, en principio, tienen la consideración de residentes en los convenios celebrados por su Estado, a pesar de que no mantengan ningún vínculo de carácter fáctico con el territorio estadounidense⁵⁹⁰.

Este criterio de sujeción no sigue, como puede apreciarse, ninguno de los dos presupuestos sobre los que se asientan estas cláusulas. La nacionalidad, por sí misma, no revela vínculo alguno de carácter fáctico con el territorio. Este criterio sólo se

⁵⁸⁹ Como ha señalado CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición y los métodos...*, cit., pp. 35 y 36, "la nacionalidad como punto de conexión personal se viene justificando por EEUU atendiendo a un amplio entendimiento de la teoría del beneficio. En este sentido, el propio Tribunal Supremo americano en el famoso *leading case Cook v. Tait* (1924) fundamentó el gravamen sobre un ciudadano americano residente desde hacía tiempo en México en la comprensión de que éste obtiene de EEUU unos beneficios (protección en cualquier lugar del planeta, el derecho a volver a entrar en Norteamérica en cualquier momento y beneficiarse de su sistema económico) que va mas allá de las fronteras de su territorio [...] Sin embargo, en la actualidad desde la propia doctrina norteamericana se viene reconsiderando el criterio de la nacionalidad como punto de conexión fiscal personal atendiendo a la crisis de los argumentos que le sirven de fundamento".

⁵⁹⁰ Los convenios celebrados por EEUU también introducen la llamada *saving clause*. En virtud de esta cláusula, EEUU se reserva el derecho a gravar a sus nacionales y las personas que tengan la consideración de residentes en EEUU como si el convenio de doble imposición no existiese. No obstante, esta cláusula excluye de su aplicación determinadas categorías de rendimientos regulados por el convenio. Sobre ello DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *The 1996...*, cit., pp. 11 y 12 y MCDANIEL, P.; AULT, H., *Introduction...*, cit., pp. 179 y 180.

justificaría por el hecho de que el sujeto tributa por la renta mundial obtenida en el Estado del que es nacional y, por lo tanto, hay que arbitrar medios para eliminar la doble imposición internacional.

Aún así, este argumento no justifica la aplicación del convenio desde el punto de vista de los presupuestos de las cláusulas de limitación de beneficios. Igualmente, como ha señalado la doctrina⁵⁹¹, el criterio de la nacionalidad en el ámbito de los convenios de doble imposición desencadena múltiples problemas de aplicación. Este criterio aumenta los supuestos de doble residencia y genera situaciones triangulares difíciles de resolver⁵⁹².

Por estos motivos, se ha propuesto que no se tenga en cuenta, como sucede en el Modelo OCDE, a los efectos de aplicación de los convenios de doble imposición⁵⁹³. A pesar de ello, el criterio de la nacionalidad se sigue contemplando en los convenios de doble imposición celebrados por EEUU.

Sin embargo, el alcance de este criterio se ha matizado especialmente en los convenios celebrados por EEUU que incluyen cláusulas de limitación de beneficios. Tomando como ejemplo el convenio celebrado con España, se han introducido disposiciones del siguiente tenor:

“Un ciudadano de los Estados Unidos o un extranjero con permiso de residencia permanente en los Estados Unidos (titular de «carta verde») se considerará residente de los Estados Unidos solamente si la persona física tiene una *presencia sustancial* en los Estados Unidos o si debe de ser considerada residente de los Estados Unidos, y no de otro país, con arreglo a los subapartados a) y b) del apartado 2 de ese artículo”⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ SHANNON, H., “The general...”, *cit.*, p. 208.

⁵⁹² Piénsese en un estadounidense que es residente en España y obtiene dividendos en Francia: ¿Qué techo de imposición tiene que tener en cuenta Francia?, ¿el previsto en el convenio con España o en el convenio con EEUU?

⁵⁹³ Cfr. KAPLAN, P., “Treaty Shopping...”, *cit.*, p. 179. Como ha señalado SHANNON, H., “The general...”, *cit.*, p. 208, para que los EEUU retenga el derecho a gravar a sus nacionales por la renta mundial obtenida, basta con la introducción de la *saving clause* en los convenios de doble imposición. No es necesario que, además, se permita el acceso a los convenios de doble imposición a ciudadanos estadounidenses que residen en un Estado tercero.

⁵⁹⁴ Art. 5 del Protocolo del convenio entre EEUU y España. Nótese que no se contiene un precepto similar, adaptado a las personas jurídicas, para matizar el alcance del *criterio del lugar de constitución*.

Esta disposición materialmente convierte el criterio de la nacionalidad en un criterio de carácter fáctico⁵⁹⁵. El nacional estadounidense sólo sería residente a los efectos del convenio en dos supuestos. En primer lugar, si tiene una *presencia sustancial* en los Estados Unidos. La legislación estadounidense entiende que tal presencia concurre cuando la persona permanece en EEUU al menos 31 días durante el año en curso y una media de 183 días en el período de los tres años anteriores⁵⁹⁶. En segundo lugar, si el nacional estadounidense tiene también la consideración de residente en un tercer Estado, sólo le será aplicable el convenio si el conflicto de doble residencia entre EEUU y el tercer Estado se resuelve a favor de EEUU. Ahora bien, el supuesto de doble residencia debe resolverse porque es en EEUU donde la persona física tiene su vivienda permanente, el centro de intereses vitales o es donde vive habitualmente.

Ejemplo: Un ciudadano estadounidense obtiene dividendos en España. Este contribuyente tributa en Francia por la renta mundial obtenida, ya que la legislación tributaria francesa le considera allí residente porque tiene una vivienda. También tributa en EEUU por la renta mundial obtenida en virtud de su nacionalidad (y además tiene una vivienda en EEUU). En aplicación del convenio entre Francia y EEUU, se resuelve el supuesto de doble residencia a favor de EEUU. Aunque este ciudadano tiene una vivienda en EEUU y en Francia, se ha considerado que el centro de intereses vitales se encuentra en EEUU. En este supuesto, el ciudadano estadounidense tiene la consideración de residente a los efectos del convenio celebrado entre EEUU y España, por lo que los dividendos obtenidos en España no podrán sufrir un gravamen por encima de lo establecido en el convenio. Si el conflicto de doble residencia entre Francia y EEUU se hubiera resuelto en favor de EEUU en virtud del criterio de la nacionalidad (letra "c" del art. 4.2 del convenio entre EEUU y España), ese ciudadano estadounidense no tendría consideración de residente a los efectos del convenio entre EEUU y España.

Estas disposiciones limitan sensiblemente el criterio de la nacionalidad en el ámbito de los convenios de doble imposición celebrados por EEUU⁵⁹⁷. Desde la óptica

⁵⁹⁵ El sistema de cláusulas de limitación de beneficios previsto en el nuevo párrafo 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002) no contiene una disposición similar. Como parece obvio, en este caso no se necesita de esta disposición, porque la nacionalidad no es un criterio admitido por el art. 4 del Modelo OCDE.

⁵⁹⁶ Cfr. DE LA VILLA GIL, J.M., "Residencia...", *cit.*, p. 154, MCDANIEL, P.; AULT, H., *Introduction...*, *cit.*, pp. 61 a 63, DOERNBERG, R., *International...*, *cit.*, pp. 19 a 22 y CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...*, *cit.*, p. 31, nota 83.

⁵⁹⁷ Los siguientes convenios contienen disposiciones similares: Alemania (art. 2 del Protocolo), Austria (art. 4.1.c), Dinamarca (art. 4.4), Finlandia (art. 4.1), Francia (art. 4.2.a), Irlanda (art. 4.1.a), Italia (art. 1.5.c del Protocolo), Luxemburgo (art. 4.1.c), Países Bajos, Portugal (art. 3.c del Protocolo), Suecia (art. 4.1) y Reino Unido (art. 4.2). Los convenios con Grecia (1950) y Bélgica (1970) no contienen una disposición similar. La razón se debe a que estos convenios no introducen cláusulas de limitación de beneficios similares a las previstas en el art. 22 del Modelo EEUU de 1996. El convenio con Grecia no prevé ningún tipo de cláusulas de limitación de beneficios. Las cláusulas contenidas en el

de nuestro estudio, reconducen el concepto de residencia a los presupuestos sobre los que se asientan las cláusulas de limitación de beneficios. El criterio de la nacionalidad, con los matices señalados, se reconvierte en un criterio de carácter fáctico que revela una vinculación suficiente de la persona física con el territorio del Estado⁵⁹⁸.

Por lo tanto, *los ciudadanos estadounidenses sólo tendrán la consideración de residentes cualificados si previamente son residentes en el sentido del convenio*. Para ello su presencia en EEUU debe ser sustancial o, en el caso de un supuesto de doble residencia con un tercer Estado, el conflicto debe resolverse a favor de EEUU en virtud de los criterios previstos en las letras “a” y “b” del art. 4.2 de los Modelos OCDE o EEUU⁵⁹⁹.

II.B.- Administraciones públicas y otros entes públicos

Según el art. 22 del Modelo EEUU de 1996, los “entes gubernamentales cualificados” (*qualified governmental entity*) tienen automáticamente la consideración de residentes cualificados.

Este concepto, desde el punto de vista del Derecho español, hace referencia fundamentalmente a las Administraciones territoriales (Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales) y a algunos entes que se encuadran dentro del concepto de “Administración instrumental”⁶⁰⁰. Con carácter general, dadas las características y funciones que tienen asignadas este tipo de entes, la concesión

convenio belga son similares a las previstas en el Modelo EEUU de 1977. Estas cláusulas funcionaban sobre el presupuesto de que el sujeto tributa efectivamente en el Estado de residencia. Por este motivo se explica que no exista un precepto similar al examinado, ya que la tributación se produce con la sujeción en virtud del criterio de la nacionalidad, aunque no exista vínculo alguno de carácter fáctico con el Estado de residencia. Estos convenios están siendo objeto de renegociación, con la finalidad principal de introducir un elenco de cláusulas como las existentes en el resto de convenios. Cuando ello suceda, es probable que los futuros convenios contengan un precepto similar. Así, el concepto de residencia de las personas físicas será coherente con la atribución automática de la condición de residente cualificado en virtud de las cláusulas de limitación de beneficios.

⁵⁹⁸ Cfr. BENNETT, M.; DE HOSSON, F.; MORRISON, P., *The 1992 United States Netherlands Tax Convention*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1993, p. 12.

⁵⁹⁹ No obstante, como veremos, las cláusulas de limitación de beneficios dan paso a los ciudadanos americanos a través de otro tipo de cláusulas.

⁶⁰⁰ Cfr. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J., “Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, núm. 246/247, 1997, pp. 393 a 416.

automática de la condición de residentes cualificados está plenamente justificada. Estos entes reúnen una vinculación suficiente con el territorio y es improbable que se utilicen para el desarrollo de estructuras *treaty shopping*⁶⁰¹.

El primer problema que plantea la aplicación de esta cláusula es *la propia consideración de residentes de estos entes*. Como hemos visto, el requisito de la residencia es un paso previo a las cláusulas de limitación de beneficios. En el Estado español, por ejemplo, no se plantea este problema. El Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales están sujetas al impuesto sobre sociedades por la renta mundial obtenida, toda vez que son personas jurídicas⁶⁰². La sujeción por la renta mundial obtenida les otorga la consideración de residentes a los efectos del convenio.

Para evitar las complicaciones que pudiera plantear la consideración de estos entes como residentes -por el hecho de que no estén formalmente sujetos a tributación-, el Modelo OCDE y el Modelo EEUU *les otorga directamente esa condición*⁶⁰³. Por consiguiente, *no es necesario que los "entes gubernamentales cualificados" estén sujetos a tributación por la renta mundial obtenida*.

El segundo aspecto que hay que mencionar de esta cláusula tiene que ver con los entes que se encuentran incluidos en el concepto de "entes gubernamentales cualificados".

⁶⁰¹ Cfr. CAVESTANY MANZANEDO, M.A., "El artículo...", *cit.*, p. 5, STRAUCH, B., *Limitation on benefits. Article 16 of the new Double Taxation Convention between the United States of America and the Federal Republic of Austria*, Universidad de Viena, Viena, 1997, p. 40 y VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, *cit.*, p. 233.

⁶⁰² Respecto al Estado, señala el art. 2.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) que "La Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única". No obstante, el Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales están exentas del impuesto (art. 9.a LIS). Esta exención subjetiva no priva de la condición de residente a los efectos del convenio, porque basta con estar sujeto al impuesto por la renta mundial obtenida. Los Modelos OCDE y EEUU, a diferencia de la directiva 90/435/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales, no prevén una cláusula de "sujeción y no exención", para que el régimen previsto en el convenio sea aplicable.

⁶⁰³ El art. 4.1 del Modelo OCDE señala que el concepto de residencia incluye también "ese Estado, cualquier subdivisión política o entidad local". El sistema de cláusulas de limitación de beneficios previsto en el nuevo párrafo 20 de los Comentarios al art. 1 (versión 2002) también considera que son residentes cualificados los "entes gubernamentales cualificados". Sin embargo, a diferencia que en el Modelo EEUU, no se define este concepto.

El art. 3.1.i) del Modelo EEUU de 1996 define los sujetos que tienen esa condición. Es un requisito común a los tres supuestos que se describirán a continuación, que no realicen actividades empresariales.

En primer lugar, este concepto incluye a los entes que forman parte de la Administración en sentido estricto, en cualquiera de sus niveles de gobierno (central, subcentral y local). En el caso español, como se ha indicado, se trataría del Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales.

En segundo lugar, el Modelo EEUU menciona las entidades que pertenecen directa o indirectamente a una Administración pública de un Estado contratante, siempre y cuando cumplan los requisitos siguientes. La entidad debe haberse creado de conformidad con la legislación del Estado de la Administración pública a la que pertenece. Los beneficios obtenidos deben revertir en la propia entidad. En caso de disolución, los activos deben atribuirse a la Administración pública a la que pertenece. En ninguno de los casos anteriores, ni los beneficios ni los activos de la entidad pueden recaer a favor de particulares.

En último lugar, se encuentran los fondos y *trusts* de pensiones constituidos por una Administración pública o una entidad de las referidas en el apartado anterior, para administrar y satisfacer pensiones para funcionarios públicos en el sentido del art. 19 del convenio.

La definición del Modelo EEUU de 1996 es más amplia que la prevista en el Modelo OCDE. Este Modelo sólo incluye a los entes que son Administración pública en sentido estricto⁶⁰⁴. Sin embargo, no todos los convenios objeto de estudio recogen un concepto de “ente gubernamental cualificado” como el previsto en el Modelo EEUU de 1996. En cada caso habrá que examinar cuál es el concepto previsto para determinar qué entes se encuentran incluidos. Los que queden fuera deberán seguir el

⁶⁰⁴ Cfr. DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *The 1996...*, cit., p. 35.

régimen general: residencia y cumplimiento de una cláusula de limitación de beneficios.

Aquí solamente analizaremos lo previsto en el convenio celebrado en EEUU y España. Según el art. 17.1.b), los beneficios del convenio se aplicarán si “dicha persona es un Estado contratante, una de sus subdivisiones políticas o Entidades locales, o una de sus *agencias institucionales de propiedad pública en su totalidad*”.

Este precepto, sin lugar a dudas, incluye al Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales. La determinación de los sujetos que comprende el concepto de “agencia institucional de propiedad pública” plantea más problemas⁶⁰⁵. Para la determinación de alcance de este concepto, resulta útil acudir al concepto de “entidad gubernamental cualificada” del Modelo EEUU de 1996.

En este sentido, la expresión parece referirse a aquellos órganos que ejercen funciones públicas pero que no se integran estrictamente en el concepto subjetivo de Administración pública. Siguiendo el concepto del Modelo EEUU, quedarían excluidos los sujetos que realizan actividades empresariales. Parece razonable pensar que las referencias a “agencias institucionales de propiedad pública” e “instrumentality institution” excluyen cualquier ente que realiza una actividad empresarial.

En el ámbito de la Administración General del Estado esos entes serían los que forman parte de la “Administración Institucional del Estado” regulada en los arts. 41 y ss. de la LOFAGE. Estos preceptos contemplan dos tipos de organismos públicos: Organismos autónomos y Entidades públicas empresariales (EPEs). *Los primeros realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten plenamente al Derecho público*; en tanto que los segundos realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y, aun cuando son regidos en general por el Derecho privado, les resulta aplicable el régimen

⁶⁰⁵ La versión en inglés no coincide exactamente con la versión en español (*such person is a Contracting State, a political subdivision or local authority thereof, or a wholly-owned instrumentality institution*). La traducción literal sería “entidad instrumental”.

de Derecho público en relación con el ejercicio de potestades públicas y con determinados aspectos de su funcionamiento.

Ambos organismos pertenecen en su integridad al Estado. Los beneficios obtenidos revierten en el propio organismo y, en caso de disolución, los bienes se integran de nuevo en la Administración del Estado. Desde el punto de vista del Modelo EEUU de 1996 podría sostenerse que se encuentran dentro del concepto allí previsto. Sin embargo, respecto a las EPEs puede plantearse la duda de si están excluidas, porque la realización de una actividad empresarial inhabilita al sujeto para ser una “entidad gubernamental cualificada”. Aunque el convenio entre España y EEUU no introduce expresamente este criterio, podría sostenerse que la expresión que utiliza “agencia institucional” excluye la realización de actividades empresariales.

El régimen de funcionamiento de las EPEs *ad extra* se rige por el Derecho privado y sus actividades principales son la prestación de servicios y la producción de bienes susceptibles de contraprestación económica. Aunque formalmente estas entidades no tengan ánimo de lucro, materialmente están diseñadas para que obtengan beneficios. Dada las características que reúnen este tipo de entidades, es probable que no puedan incluirse dentro de esta cláusula de limitación de beneficios. No obstante, la validez de esta afirmación habrá de comprobarse a la luz del caso concreto, porque la actividad de cada EPE depende en gran medida de como se haya configurado en sus Estatutos⁶⁰⁶.

Para resolver este tipo de problemas, el convenio español no ha seguido la práctica contemplada en otros convenios, consistente en la identificación individualizada de entidades concretas⁶⁰⁷. Esta técnica facilita sensiblemente la resolución de los problemas que plantea un concepto general cuyos límites no se precisan lo suficiente en el texto del convenio. Aún así, siempre queda la posibilidad

⁶⁰⁶ Quedaría también por resolver qué sucede con los organismos recogidos en las disposiciones finales de la LOFAGE a los que no se les aplica esta Ley. Entre ellos se encuentra la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

⁶⁰⁷ Como por ejemplo sucede en el convenio entre EEUU e Italia. El art. 4 del Protocolo del convenio menciona *La Banca d'Italia*, *L'Istituto per il Commercio con l'Estero* y *L'Istituto per l'Assicurazione del Credito*.

de acudir al procedimiento amistoso, para resolver los problemas de interpretación y aplicación que plantea esta norma.

En cualquier caso, el hecho de que una entidad no pueda acceder a través de esta vía al convenio, no le impide hacerlo a través de cualquier otra.

Por último, debemos referirnos a un aspecto de los convenios celebrados por EEUU con Francia e Irlanda que no se encuentra en ningún otro. Como veremos en un apartado ulterior, la cláusula de cotización en bolsa permite el acceso al convenio a aquellas entidades participadas por sujetos que cumplen esta cláusula (acceso indirecto). La cláusula de cotización en bolsa de los convenios con Francia e Irlanda, a estos efectos, también toma en consideración la participación en manos de Administraciones públicas y sociedades participadas por Administraciones públicas.

Como ha señalado la doctrina, esta particularidad tiene su razón de ser debido a que en el momento de celebración del convenio estaba en marcha un proceso de privatización de empresas públicas⁶⁰⁸. Como parece obvio, estas empresas, con posterioridad a la privatización, perderán este régimen de acceso especial a la cláusula de cotización en bolsa.

El convenio español no prevé nada al respecto. Tendría mucho sentido que una disposición similar se hubiera incluido, porque en la fecha de celebración del convenio (1990) el proceso generalizado de privatizaciones de empresas públicas todavía no se había puesto en marcha. En la actualidad, todavía el Estado español, a través de la Sociedad española de Participaciones Industriales, es propietario de un buen número de entidades, cuyo acceso al convenio se hubiera facilitado con una disposición similar a la establecida en los convenios referidos.

II.C.- Entidades sin ánimo de lucro y entidades benéficas

Según el art. 22 del Modelo EEUU de 1996, por remisión al art. 4.1.b.i), tienen la consideración de residentes cualificados las entidades que realicen

⁶⁰⁸ Cfr. SPECTOR, P.; SALOU, S., "The New U.S.-France Income Tax Treaty: Vive la Difference", *TMIJ*, núm. 2, 1995, p. 98, nota 59.

exclusivamente fines de carácter religioso, benéfico, científico, literario o educativo, o cualquier otro de carácter semejante, constituidas de conformidad con el Derecho de un Estado parte Y que estén exentas, con carácter general, de imposición por las rentas obtenidas. El fin religioso, benéfico, etc., para el que fueron creadas estas entidades debe subsistir en el momento en el que se solicita la aplicación del convenio⁶⁰⁹. De acuerdo con la TE del Modelo EEUU de 1996, estas entidades se consideran automáticamente residentes cualificados porque es improbable que se vayan a utilizar para estructuras *treaty shopping*.

La mayoría de las legislaciones contemplan regímenes favorables para este tipo de entidades. Las técnicas desgravatorias en esta materia son de diversa índole (tipos de gravámenes reducidos, deducciones, etc.)⁶¹⁰. Entre ellas destaca la exención de los rendimientos derivados del ejercicio de las actividades que constituyen su objeto social y finalidad específica.

La inclusión de estas entidades dentro del concepto de residente cualificado tiene la finalidad, en nuestra opinión, de *mantener ese régimen especial también en el ámbito internacional*. Este tipo de entidades, por su propia configuración, difícilmente tendrían *acceso* al convenio en virtud de otra cláusula⁶¹¹.

Las entidades que disfrutan del régimen tributario especial de las entidades sin ánimo de lucro están normalmente sujetas a controles administrativos. En cuanto a la legislación española, por ejemplo, el disfrute de los beneficios fiscales para las fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública establecido en la Ley

⁶⁰⁹ El Modelo EEUU, al igual que sucedía en la cláusula anterior, atribuye directamente a estas entidades la condición de residentes, para *facilitar* el cumplimiento del requisito de residencia, ya que no en todos los Estados están formalmente sujetas al impuesto sobre la renta de las personas jurídicas. Cfr. DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *The 1996...*, cit., p. 33.

⁶¹⁰ Sobre las distintas técnicas desgravatorias, véase ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Técnicas desgravatorias y deber de contribuir*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

⁶¹¹ Esta clase de entidades adopta en muchas ocasiones la forma de fundación. La propia configuración de la fundación impide a estas entidades acceder al convenio a través de la cláusula de cotización en bolsa, porque normalmente se requiere tener forma societaria para cotizar en un mercado de valores. Tampoco podrían acceder a la cláusula de propiedad y erosión en la base, porque no existen participaciones en este tipo de entidades. Finalmente, tampoco podrán cumplir la cláusula de actividad. El régimen tributario especial para estas entidades se supedita a que la actividad principal no consista en la realización de actividades empresariales.

30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General, requiere reconocimiento expreso por parte de la Administración (art. 46 de la Ley 30/1994)⁶¹². El control al que se encuentran sometidos estas entidades excluye la realización de estructuras *treaty shopping*. Además, hay que tener en cuenta que sólo se concede el régimen de exención si los rendimientos obtenidos coinciden con el objeto o finalidad específica de la entidad. Cuando no existe tal conexión (*unrelated business income*), los rendimientos se gravan de acuerdo con las reglas generales⁶¹³. Esta nota caracterizadora del régimen de las entidades sin fin de lucro, *a priori* excluye su utilización en supuestos de *treaty shopping*. Los rendimientos generados por estas estructuras difícilmente podrán vincularse al objeto no lucrativo de la entidad⁶¹⁴.

No aclara la TE del Modelo EEUU de 1996 si el concepto de residente cualificado alcanza a todos los rendimientos obtenidos por la entidad sin ánimo de lucro. El texto del Modelo no prevé nada al respecto, por lo que, en principio, se aplicaría a todos los rendimientos que pudiera obtener.

En nuestra opinión, este aspecto debería matizarse. El régimen de exención empleado por las legislaciones nacionales no es, con carácter general, subjetivo. No sólo hay que reunir una determinada forma jurídica (fundación, asociación de utilidad pública) para gozar de la exención, sino que también debe haber una vinculación directa entre los rendimientos y el fin asistencial que constituye el objeto de la entidad. Esta cláusula de limitación de beneficios debería haberse formulado en términos análogos a los regímenes internos en esta materia: *sólo se adquiere la condición de residente cualificado respecto a los rendimientos que disfrutan en el Estado de residencia del régimen para las entidades sin ánimo de lucro*.

⁶¹² También sucede lo mismo en el Derecho norteamericano para gran parte de las entidades que disfrutan de este régimen. Cfr. GODFREY, H., *Handbook on Tax-Exempt Organizations*, Prentice Hall, Inc., Nueva Jersey, 1983, p. 27.

⁶¹³ Cfr. GODFREY, H., *Handbook...*, cit., p. 6.

⁶¹⁴ Si tenemos en cuenta el régimen español, difícilmente estas estructuras podrán canalizarse a través de estos entes. Así, por ejemplo, estos entes no pueden ser titulares de participaciones mayoritarias en sociedades mercantiles (art. 42 de la Ley 30/1994).

Aunque el convenio no prevé nada al respecto, hay que tener en cuenta que esta cláusula está tomada del Derecho tributario americano. La exención regulada en la sección 501.c) del *Internal Revenue Code* no comprende los rendimientos obtenidos que no coincidan con el objeto social o finalidad específica de la entidad⁶¹⁵.

En este sentido, puede sostenerse que este requisito también es exigible en el ámbito del convenio. Al igual que sucede en el ámbito interno, los rendimientos que no coincidan con el objeto social o finalidad específica de la entidad no deben beneficiarse de la condición de residente cualificado atribuida a estas entidades.

Este requisito adicional, sin duda, complica los términos de aplicación de esta cláusula. En cada supuesto habrá que examinar si el rendimiento obtenido coincide con la finalidad de la entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que recordar que este requisito no está previsto expresamente en el Modelo EEUU. Quizás la razón de ello estribé en que el tenor literal de esta cláusula de limitación de beneficios sólo comprende las entidades que se dedican *exclusivamente* a los fines indicados. En principio, se podría concluir que si sólo se dedican a esos fines, no es posible que se obtengan rendimientos no vinculados a la finalidad de la entidad. No obstante, el hecho de que se dediquen exclusivamente a esos fines, no elimina la posibilidad de que obtengan rendimientos que no coincidan con los mismos. Por eso consideramos que debería haberse incluido expresamente el requisito referido.

Por otro lado, hay que indicar que todos los convenios incluyen una cláusula similar. En algunos convenios se añade el requisito siguiente: más del cincuenta por ciento de los beneficiarios de la actividad de la entidad deben ser residentes cualificados⁶¹⁶.

⁶¹⁵ Cfr. párrafo 55 de la TE del Modelo EEUU de 1996 y GODFREY, H., *Handbook...*, cit., pp. 23 a 26.

⁶¹⁶ El convenio con Alemania se refiere a cualquier sujeto que tenga derecho a la aplicación del convenio y no sólo a los residentes cualificados.

No es este el caso del convenio entre EEUU y España. La cláusula se formula en los términos siguientes: tiene la consideración de residente cualificado “una organización privada no lucrativa de carácter religioso, benéfico, científico, literario o educativo, o una institución pública de carácter semejante”.

En principio, este precepto es más restrictivo que el del Modelo EEUU, porque limita las actividades que pueden constituir el objeto o finalidad específica de la entidad. No se incluye un concepto residual. Por otro lado, sin embargo, es más flexible, porque no requiere ni que la entidad se dedique exclusivamente a las actividades señaladas, ni tampoco que esté exenta. No obstante, no hay que perder de vista que la Administración americana podría introducir esos requisitos interpretando esta disposición de acuerdo con su legislación interna, de conformidad con el art. 3.2 del convenio⁶¹⁷.

Desde el punto de vista del ordenamiento español, las entidades que podrán acogerse a esta cláusula son, en nuestra opinión, las que tengan derecho al régimen previsto en la Ley 30/1994. El régimen fiscal previsto en esta norma se otorga precisamente por el desarrollo de los mismos fines enumerados en el convenio con EEUU⁶¹⁸. Sin embargo, el convenio no vincula esta cláusula al régimen fiscal atribuido a estas entidades. Por lo tanto, en principio, cualquier entidad de carácter religioso, benéfico, científico, literario o educativo sin ánimo de lucro cumpliría esta cláusula⁶¹⁹. Asimismo, también debería poder acceder al convenio a través de esta cláusula las entidades que disfruten del régimen de las entidades parcialmente exentas reguladas previsto en el capítulo XXV del Título VIII de la LIS. No obstante, dentro de este grupo solamente deberían acceder al convenio a través de esta vía las entidades cuyo objeto o finalidad específica coincida con las finalidades establecidas en el convenio celebrado entre España y EEUU.

⁶¹⁷ Por otro lado, la TE del convenio con España sólo menciona la Cruz Roja como una de las entidades que podrían acceder al convenio a través de esta cláusula.

⁶¹⁸ Sobre este tipo de entidades en EEUU véase GODFREY, H., *Handbook...*, cit.

⁶¹⁹ En este sentido, consideramos que deberían poder acceder al convenio a través de esta vía todas las entidades que cumplan las condiciones para disfrutar del régimen previsto en la Ley 30/1994, aunque el mismo no haya sido reconocido expresamente por la Administración tributaria.

II.D.- Entidades exentas, fondos de pensiones e instituciones de inversión colectiva

Según el art. 22 del Modelo EEUU de 1996, por remisión también al art. 4.1.b.ii), son residentes cualificados *las entidades completamente exentas constituidas con arreglo a la legislación de un Estado contratante para conceder pensiones de jubilación, invalidez, u otra clase de beneficios laborales*, siempre y cuando más de la mitad de los beneficiarios, miembros o partícipes, si los hubiere, tengan la consideración, a su vez, de residentes cualificados⁶²⁰.

Los requisitos de esta cláusula se proyectan sobre tres aspectos: la tributación de la entidad que obtiene el rendimiento, la actividad que realiza y la condición de sus beneficiarios, miembros y partícipes.

En efecto, la cláusula se refiere preferentemente a los fondos de pensiones. El art. 4.1.b.ii) les atribuye directamente la condición de residentes, para garantizar el cumplimiento del requisito de la residencia. En algunos Estados, estos entes no están sujetos a imposición o bien, como sucede en el ordenamiento español, están sujetos, sin ser personas jurídicas, al impuesto sobre sociedades, pero soportan un tipo de gravamen reducido.

Este primer requisito, la exención plena, no es imprescindible, en nuestra opinión, que concurra en todos los casos. El convenio sólo menciona ese aspecto para justificar por qué se califican directamente como residentes, o lo que es lo mismo, la mención de este requisito solamente se ha establecido para resolver los problemas que pudiera plantear la consideración como residentes de estas entidades cuando están completamente exentas de tributación, pero no para establecer un requisito adicional para determinar si se cumple esta cláusula. No tendría sentido que se otorgara un trato

⁶²⁰ El convenio español es más amplio porque dice personas que tengan derecho al convenio. Esto incluye los residentes cualificados y los residentes no cualificados con derecho a la aplicación completa o parcial del convenio. El nuevo párrafo 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002) contempla también este supuesto. Sin embargo, para cubrir el porcentaje del 50 por 100 sólo computa un tipo de residente cualificado, las personas físicas residentes en cualesquiera de los Estados parte del convenio.

de peor condición cuando los fondos de pensiones tributan efectivamente. En definitiva, la cláusula no pretende dejar fuera a los fondos de pensiones que tributan efectivamente, sino solamente quiere aclarar que los fondos de pensiones completamente exentos tienen la consideración de residentes.

En cuanto a la actividad que realiza la entidad, al igual que sucedía en la cláusula anterior, debe ser alguna de las mencionadas en el Modelo.

La razón de que se haya incluido este supuesto radica en que en los casos de los fondos de pensiones, el legislador pretende que sólo tribute el partícipe por los rendimientos obtenidos⁶²¹. El régimen fiscal especial del que suelen gozar (no sujeción, exención o un tipo de gravamen reducido) se configura con el fin de que no se produzca doble imposición. Los rendimientos sólo deben tributar cuando se atribuyen al beneficiario.

Por otro lado, el Modelo EEUU garantiza la existencia de un vínculo suficiente con el Estado de residencia del fondo, requiriendo que más del cincuenta por ciento de los partícipes tengan la consideración de residentes cualificados. Este requisito, como ha señalado algún autor, es innecesario⁶²². La propia configuración jurídico-financiera de los fondos de pensiones les imposibilita técnicamente la canalización de operaciones *treaty shopping*.

El requisito del cincuenta por ciento supone, además, una importante restricción para la creación de fondos de pensiones en los que participan personas físicas residentes en distintos Estados. No es raro que esto suceda, especialmente en empresas multinacionales⁶²³. Este requisito les forzará a constituir un fondo por cada Estado donde opere la multinacional. No obstante, algunos convenios han sustituido este requisito. Cuando ello sucede, *sólo es necesario que el promotor del fondo de pensiones tenga derecho a la aplicación del convenio*. Nótese que sólo se requiere que

⁶²¹ Cfr. ALI, *International Aspects...*, cit., p. 142.

⁶²² Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 235.

⁶²³ Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., nota 35, p. 235.

el convenio sea aplicable, por lo tanto no es necesario que se trate de un residente cualificado.

Los convenios, con carácter general, han seguido el Modelo EEUU, con las variaciones que se señalarán a continuación.

El convenio celebrado por España contempla esta cláusula en los términos siguientes: las personas que sean “una organización exenta de impuestos, distinta de las referidas en el subapartado c), en las que más de la mitad de los beneficiarios, miembros o partícipes, si los hubiere, de dicha organización tengan derecho a los beneficios del presente Convenio”

El protocolo al convenio aclara esta cláusula señalando que “Las organizaciones exentas de impuestos a que se refiere el apartado 1, d), del artículo 17 incluyen, entre otras, los fondos de pensiones, Entidades fiduciarias (trusts) de pensiones, fundaciones privadas, sindicatos (trade unions), asociaciones de comercio (trade associations) y otras similares. En cualquier caso, un fondo de pensiones, una Entidad fiduciaria de pensiones, o Entidad similar constituida con arreglo a la legislación de un Estado contratante para proveer ayudas de jubilación, invalidez, u otra clase de beneficios laborales, *tendrá derecho a los beneficios del Convenio si la organización patrocinadora de dicho fondo, entidad fiduciaria, o entidad, tiene derecho a los beneficios del Convenio con arreglo al artículo 17*”.

Como se puede comprobar, la cláusula del convenio con España no limita el ámbito de actividades que puede realizar la entidad exenta. De la aclaración del Protocolo se deriva, sin embargo, que la norma está prevista esencialmente para los fondos de pensiones. A éstos no se les aplica el requisito del cincuenta por ciento, siempre que el promotor del fondo *tenga derecho a la aplicación del convenio*. Nótese que el convenio señala que basta con que el promotor tenga derecho a la aplicación del convenio en virtud del art. 17. En este sentido, el convenio no limita esta cláusula a los residentes cualificados: es suficiente con cumplir cualquiera de las cláusulas previstas –y no sólo las que otorgan la condición de residente cualificado–.

Además del convenio con España, sólo los convenios con Alemania (art. 28 del Protocolo) y los Países Bajos (art. 26.8.j) recogen esta posibilidad⁶²⁴. En los demás casos, estas entidades sólo cumplirán esta cláusula si más del cincuenta por ciento de sus beneficiarios, miembros o partícipes son residentes cualificados. Sin duda, este requisito dificulta el acceso al convenio a estas entidades, porque exige comprobar individualizadamente si los beneficiarios, miembros o partícipes cumplen las cláusulas de limitación de beneficios⁶²⁵.

Finalmente hay que señalar que al igual que sucedía en la cláusula anterior, algunos convenios mencionan expresamente determinadas entidades, para evitar que existan dudas sobre si quedan cubiertas por esta cláusula⁶²⁶. Esto no sucede en el convenio español. En este sentido, hay que destacar que se ha perdido una oportunidad para aclarar las dudas que pueda plantear la aplicación de esta cláusula del convenio. No obstante, siempre existe la posibilidad de resolver las dudas que se planteen a través de un procedimiento amistoso.

II.E.- La cláusula de cotización en bolsa (*Stock exchange test/ Publicly trade companies*)

II.E.1.- Planteamiento

La cláusula de cotización en bolsa se configura en los términos siguientes en el Modelo EEUU de 1996: Tienen la consideración de residentes cualificados las sociedades "cuando la clase, o clases, de participaciones que representen más del cincuenta por ciento de los derechos de voto y del valor de la sociedad, se negocian

⁶²⁴ Los convenios con Alemania, Austria, Dinamarca, Italia, Luxemburgo, Portugal y Reino Unido no prevén la posibilidad de acceder al convenio, sin cumplir el test del 50 por 100, si el que constituye el fondo tiene derecho a la aplicación de los beneficios del convenio.

⁶²⁵ Cfr. STRAUCH, B., *Limitation...*, cit., p. 88.

⁶²⁶ El convenio con Francia (art. 4.2.b.iii) menciona expresamente las siguientes *instituciones de inversión colectiva*: Respecto a EEUU, la *regulated investment company*, *real estate investment trust* y a *real estate mortgage investment conduit*; respecto a Francia, la *société d'investissement* y los *fonds commun de placement*. Las autoridades competentes de cada Estado podrán incluir en el futuro las entidades que estimen oportuno si existe el acuerdo correspondiente. Estas entidades deberán cumplir el requisito de que más del 50 por 100 de las participaciones pertenezcan a residentes cualificados. Cfr. SCHINABECK, M., "The Limitation...", cit., p. 34.

regularmente en un mercado de valores reconocido". Esta parte de la cláusula recoge la modalidad de *acceso directo* a la condición de residente cualificado.

Sintéticamente son tres los requisitos que deben cumplir las participaciones de la sociedad: a) deben estar admitidas a negociación en un mercado secundario un número de participaciones que represente más del cincuenta por ciento del capital y de los derechos de voto de la sociedad b) Esas participaciones deben negociarse sustancial y regularmente en un mercado de valores c) el mercado de valores en el que cotizan y se negocian debe estar reconocido por el convenio.

El Modelo permite también el *acceso indirecto* a esta cláusula a las entidades participadas por sociedades que cumplen esta cláusula, o lo que es lo mismo, en términos más sencillos, también acceden a través de esta cláusula las filiales de las sociedades que coticen en bolsa. Esta modalidad se formula en los términos siguientes: Son residentes cualificados las sociedades "en las que al menos el cincuenta por ciento de sus participaciones pertenezcan directa o indirectamente a sociedades que cumplen *directamente* la cláusula de cotización en bolsa. La participación indirecta solamente se computa cuando los sujetos intermedios tienen la condición de residentes cualificados"⁶²⁷. En términos

En una primera aproximación, la configuración de la cláusula es sencilla. La cláusula comprende las sociedades que cotizan en bolsa y las filiales de éstas. No obstante, su formulación es bastante más complicada. Como vimos en el capítulo anterior, uno de los presupuestos de esta cláusula era que excluía el *treaty shopping*, ya que en este tipo de entidades se produce una disociación entre los intereses

⁶²⁷ La cláusula de cotización en bolsa propuesta en los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE admite también el acceso directo e indirecto a la misma. Se formula en los términos siguientes: "Las disposiciones anteriores no serán aplicables a una sociedad residente de un Estado contratante si la clase principal de las acciones de esa sociedad está admitida a cotización en un mercado de valores autorizado en un Estado contratante, o si dicha sociedad pertenece en su totalidad, directamente o a través de una o más sociedades siendo todas ellas residentes del primer Estado, a una sociedad que es residente del primer Estado y cuya clase principal de acciones está admitida a cotización en bolsa" (párrafo núm. 21, que pasa al párrafo núm. 19 en la versión de los Comentarios propuestos para 2002). Por otro lado, como hemos señalado, la versión de 2002 introduce una nueva cláusula de cotización en bolsa que se regula en el sistema general de cláusulas de limitación de beneficios, similar al Modelo EEUU, en el nuevo párrafo 20. Aunque la formulación es similar a la del Modelo EEUU, existen algunas diferencias que se irán señalando.

económicos de la sociedad y de sus partícipes⁶²⁸. Esta disociación se produce esencialmente por el hecho de que las participaciones de la sociedad cotizada, se negocian en mercados secundarios al margen de la entidad. Para garantizar que efectivamente ello sea así, la cláusula requiere que las participaciones de la sociedad admitidas a negociación se negocien sustancial y regularmente. La concreción de este concepto se examinará posteriormente pero, como veremos, es bastante estricta.

En este sentido, hay que señalar que si el mercado de valores en el que se negocian las participaciones funciona correctamente, no sería necesario que la norma tributaria estableciese ningún requisito al respecto. Tomando como ejemplo el Derecho español, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) está autorizada para *proceder a la exclusión de la negociación de aquellos valores que no alcancen los requisitos de difusión o de frecuencia y volumen de contratación que reglamentariamente se establezcan*⁶²⁹. Como establece el informe anual de la CNMV de 1993, *“la prolongada permanencia en Bolsa de empresas que carecen de una verdadera vocación bursátil es contraproducente para el mercado en su conjunto. La permanencia de compañías inactivas ayuda a transmitir a los inversores una imagen negativa sobre el conjunto del mercado, perjudicando a las sociedades que están dispuestas a participar activamente en el mismo”*⁶³⁰. Por lo tanto, si el mercado de

⁶²⁸ Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 234. Señala TAPIA HERMIDA, A.J., *Derecho del Mercado de Valores*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 63 y 64 que las sociedades abiertas “se caracterizan por tener un número de accionistas elevado, por lo que lo relevante es la aportación de capital siendo indiferentes sus características personales; produciéndose, por lo tanto, una “despersonalización” de la condición de socio que se hace fungible y perfectamente intercambiable. En ellas se produce un fenómeno característico de disociación entre la propiedad del capital y de la gestión (la denominada “revolución de los managers”) disociación debida a la dispersión del capital que permite la existencia de minorías dominantes”. Las sociedades abiertas, según señala SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones...*, cit., pp. 281 y 282, “para encontrar una mayor negociabilidad de sus acciones y poder colocar más fácilmente las ampliaciones de su capital entre el público, en general, buscan su admisión a negociación o cotización en un mercado bursátil, que facilita no ya simplemente la inversión (tanto mediante la suscripción de las nuevas acciones en el mercado primario de valores, como su compra en los mercados de valores secundarios, esto es, en la bolsa), sino también la desinversión, mediante la venta de las acciones por el accionista”. Por este motivo se entiende, como señala SÁNCHEZ CALERO en otro trabajo, *La sociedad cotizada en bolsa en la evolución del Derecho de sociedades*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001, p. 132, que “la cotización en Bolsa de las acciones de una sociedad se ha considerado incompatible tradicionalmente con la existencia de cláusulas estatutarias que limiten la libre transmisibilidad de esas acciones”.

⁶²⁹ Cfr. art. 34 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV).

⁶³⁰ CNMV, *Informe anual 1993*, pp. 263 y 264 (información extraída de la página de internet de este organismo <http://www.cnmv.es>). Ahí se detalla cómo en los distintos ejercicios la CNMV ha iniciado procedimientos de exclusión para garantizar que solamente coticen entidades que tienen una verdadera vocación bursátil.

valores donde se negocian las participaciones funciona correctamente, no es necesario que la normativa tributaria establezca requisitos en materia de volumen y frecuencia de negociación de las participaciones. Si ello es así, solamente las sociedades con una efectiva “vocación bursátil” estarán en ese mercado.

Igualmente, ese presupuesto sobre el que se asienta la norma, está vinculado al hecho de que el capital de la sociedad esté ampliamente repartido. Cuando ello sucede, el convenio, por una razón práctica (*rule of convenience*), desiste de exigir la identificación de la residencia de cada uno de los partícipes, como sucede en la cláusula de propiedad y erosión en la base⁶³¹. Además, si las participaciones de la sociedad cotizada se negocian efectivamente, resultaría muy gravoso comprobar, en cada caso, quiénes son los partícipes y donde residen.

En suma, en atención a lo anterior, puede comprobarse que esta cláusula otorga la condición de residente cualificado en atención al sujeto. La norma establece una serie de cautelas para garantizar que materialmente se produzcan los presupuestos sobre los que se asienta.

Los aspectos a tratar en esta cláusula son esencialmente cuatro. Para que esta cláusula sea aplicable, “la clase principal de las participaciones” de la sociedad debe estar admitida a cotización y negociarse regular y sustancialmente. Los dos primeros aspectos que se analizarán se refieren al significado de estos dos conceptos.

La cotización y negociación de las participaciones, para que sea tenida en cuenta, debe producirse en los mercados secundarios listados en el convenio. El Modelo EEUU de 1996 limita este aspecto a los mercados existentes en cualquiera de los Estados parte. Como se verá, algunos convenios admiten determinados mercados establecidos en Estados terceros, es decir, Estados que no forman parte del convenio. Cuando ello sucede, los convenios lo que están haciendo es tomar en consideración que los Estados parte se encuentran integrados en determinadas organizaciones internacionales. En estos casos el vínculo efectivo de la sociedad cotizada no se limita

⁶³¹ Cfr. ALI, *International Aspects...*, cit., p. 158.

al territorio del Estado donde reside, sino que se amplía a los Estados que forman parte de la organización internacional en la que se integra el Estado parte del convenio.

Finalmente, hay que referirse a los requisitos del acceso indirecto a la cláusula. El aspecto más relevante es el concepto de participación indirecta. En este sentido, hay que significar que *la cláusula de cotización en bolsa no establece la obligación de cumplir con la cláusula de erosión en la base*. Sin embargo, algunos convenios (Luxemburgo, Países Bajos) incluyen esta última cláusula en los supuestos de acceso indirecto.

II.E.2.- Acceso directo a la cláusula

A) Clase principal de participaciones

Tanto el Modelo EEUU de 1996, como el sistema general de cláusulas de limitación de beneficios previstas en el párrafo núm. 20 de los Comentarios al Modelo OCDE (versión 2002), recogen este concepto. Sin embargo, en el Modelo OCDE no se define⁶³². El Modelo EEUU sólo requiere que coticen en un mercado de valores reconocido la clase de participaciones que representen más del cincuenta por ciento del capital y de los derechos de voto. No obstante, en la mayoría de convenios se utiliza la expresión “clase principal de participaciones” (*principal class of shares*).

Materialmente no existe, en principio, diferencia alguna, porque esos convenios, a su vez, definen este concepto en los mismos términos que el Modelo EEUU. Por lo tanto, en ambos casos se llega al mismo resultado: deben estar admitidas a negociación la clase principal de participaciones que representa esa cifra.

No obstante, se plantean algunas dudas en el convenio entre EEUU y Luxemburgo (art. 24.2.d). En este caso no se define el concepto. El convenio solamente señala que debe cotizar la clase de participaciones que represente la

⁶³² La cláusula de cotización en bolsa prevista en el párrafo núm. 21 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (párrafo núm. 19 en la versión de 2002) no contempla este concepto. Sin embargo, hay que recordar que esta cláusula, aunque similar a la prevista en el nuevo párrafo 20, no se integra en un sistema general de cláusulas de limitación de beneficios.

mayoría del capital y de los derechos de voto. Aquí se plantea la duda de si es necesario que la clase de participaciones principal (en lo referente al capital y a los derechos de voto) debe superar el porcentaje del cincuenta por ciento. De no ser necesario, bastaría que cotizase la clase de participaciones que representan la mayor parte del capital y de los derechos de voto respecto a cualquier otra clase de participaciones, pero no tiene por qué representar necesariamente más del cincuenta por ciento de ambos parámetros. No es ésta la interpretación sostenida por la Administración americana. Según recoge la TE del convenio con Luxemburgo, *las participaciones siempre tienen que representar más del cincuenta por ciento del capital y de los derechos de voto.*

En cualquier caso, el Modelo EEUU de 1996 y los convenios examinados han flexibilizado sensiblemente este requisito con respecto a lo establecido en la versión de diciembre del Modelo EEUU de 1981 y la normativa americana del *branch tax*. En el primer caso todas las participaciones debían cotizar y en el segundo al menos el ochenta por ciento⁶³³.

El Modelo parte del presupuesto de que existen distintas clases o tipos de participaciones en una sociedad. Cuando sólo existe un tipo de participaciones no se producen problemas para establecer el cómputo. Sí se plantean dificultades cuando la sociedad tiene varias clases de participaciones y ninguna de ellas alcanza la cifra del cincuenta por ciento o, por lo menos, no lo hace en ambos aspectos, capital y derechos de voto. La solución prevista en la TE del Modelo EEUU y en las TEs de los convenios específicos, consiste en que habrá que computar tantas clases de participaciones como sean necesarias para superar el porcentaje establecido. Como se ha señalado, el cómputo de este requisito se torna más complejo en la medida en que la sociedad tiene varias clases de participaciones con diferentes valores y derechos de voto⁶³⁴.

⁶³³ Cfr. VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, cit., p. 16-41 y MORRISON, P.; BENNETT, M., "The New U.S.-Netherlands Treaty: Part I...", cit., p. 335.

⁶³⁴ Cfr. BENNETT, M.; DE HOSSON, F.; MORRISON, P., *The 1992...*, cit., p. 56 y COHEN, H.; POLLACK, L.; SCHERER, M., "Analysis of the New U.S.-Switzerland Income Tax Treaty", *TMIJ*, núm. 2, 1997, cit., p. 62.

Con relación al concepto “clase principal de participaciones” los convenios con Irlanda (art. 22.8.d.ii), Luxemburgo (art. 24.6), los Países Bajos (art. 26.8.a) y Reino Unido (art. 23.5) mencionan las “participaciones privilegiadas” (*disproportionate class of shares*)⁶³⁵.

Las “participaciones privilegiadas” son aquéllas que atribuyen el derecho a participar, en una proporción mayor al que se correspondería con su valor, en los rendimientos obtenidos por *la sociedad en el Estado de la fuente*⁶³⁶. “El derecho privilegiado” de la participación no se tiene que materializar necesariamente en el momento del pago de dividendos, sino que puede producirse en otras circunstancias; por ejemplo, la condonación de las deudas que tenga el partícipe con la sociedad. El privilegio consiste en el derecho a un beneficio mayor al que le correspondería según el valor de la participación; ahora bien, lo *particular* es que ese mayor beneficio se recibe con cargo a los rendimientos que obtiene la sociedad en el otro Estado parte del convenio.

A través de esta configuración de las participaciones, puede lograrse también la estructura *treaty shopping*, siempre y cuando la sociedad cumpla la cláusula de cotización en bolsa. No obstante, este tipo de estructura depende de que el Derecho de sociedades aplicable a la sociedad permita asignar a las participaciones derechos económicos privilegiados en el sentido expuesto⁶³⁷.

⁶³⁵ La traducción del término no coincide con la traducción directa. No obstante, creemos que refleja mejor su significado. Por otro lado, la TE del convenio con Austria (párrafo 197) también menciona estas participaciones, pero se pospone su toma en consideración a la existencia de un procedimiento amistoso entre los Estados parte al respecto. Cfr. STRAUCH, B., *Limitation...*, cit., p. 82. Este concepto también está previsto en el convenio con Dinamarca (art. 22.4.b), aunque solamente para la cláusula de beneficios derivados que se analizará en el apartado III.C de este capítulo. El nuevo párrafo 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002) contempla este concepto y lo formula en términos semejantes a los convenios celebrados por EEUU con Luxemburgo y Reino Unido.

⁶³⁶ El concepto de participación privilegiada que utilizan los convenios objeto de estudio no se corresponde, en todos sus términos, con el concepto de participación privilegiada del Derecho español. La LSA española permite que existan acciones privilegiadas. El privilegio puede recaer sobre los derechos sociales de carácter patrimonial, pero no sobre el derecho de voto o el derecho de suscripción preferente. Como se puede comprobar, el privilegio de esta clase de acciones recae fundamentalmente sobre los derechos de contenido económico y no sobre los derechos de carácter político. Cfr. URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., en URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso...*, cit., pp. 824 a 827.

⁶³⁷ Cfr. COHEN, H.; POLLACK, L.; SCHERER, M., “Analysis...”, cit., p. 62. Estos autores señalan que el convenio con Suiza no prevé este concepto porque ese tipo de derechos económicos privilegiados no es posible en el Derecho de sociedades suizo.

Este concepto tiene efectos distintos en cada convenio. Respecto a los convenios con Irlanda y los Países Bajos, solamente requiere que este tipo de participaciones se computen junto a las participaciones principales, con el fin de que cumplan también el requisito de la cotización. Tal y como está redactada la cláusula de cotización en bolsa, no todas las participaciones deben cumplir el requisito anterior, por lo que podrían dejarse fuera las participaciones privilegiadas. Al incluir este tipo de participaciones, se evita que se produzca esta estructura, porque deben cumplir también el requisito de negociación sustancial y regular. Como se ha mencionado anteriormente, este requisito es el que garantiza que se produzca una disociación efectiva entre los intereses de la sociedad y los partícipes.

Cuando existe este tipo de participaciones, el convenio con Luxemburgo y Reino Unido limita la aplicación de la reducción de la tributación en el Estado de la fuente a la parte del rendimiento que se corresponde con el porcentaje de participación que tendría su titular, en el caso de no existir un derecho económico privilegiado⁶³⁸. Ahora bien, ello solamente sucede cuando más del cincuenta por ciento del capital y de los derechos de voto de la sociedad pertenecen a personas que no son residentes cualificados o residentes en Estados miembros de la Unión Europea, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el Espacio Económico Europeo (sólo en el convenio con Reino Unido)⁶³⁹.

Ejemplo.- Una sociedad residente en Luxemburgo obtiene dividendos en EEUU por valor de 1000 unidades de cuenta. La sociedad cumple la cláusula de cotización en bolsa. El 60 por 100 del capital pertenece a una sociedad residente en Suiza. El resto pertenece a residentes cualificados. Las participaciones en manos de la sociedad Suiza dan derecho a obtener, además del beneficio de acuerdo con su valor, el 100 por 100 de los dividendos obtenidos en EEUU. En este caso, solamente el 60 por 100 de los dividendos obtenidos en EEUU (600 unidades de cuenta) se benefician del techo de imposición del convenio.

⁶³⁸ Cfr. SHAFFNER, J., "Highlights...", *cit.*, p. 169 y WINANDY, J., "Limitations on Benefits in the proposed U.S./Luxembourg Income Tax Treaty Convention", *TPIR*, núm. 7, 1996, p. 25.

⁶³⁹ Posteriormente se analizará qué significa el concepto residente en un Estado de la UE, TLCAN y EEE. No basta, como se verá, ser residente en esos Estados. Por otro lado, como hemos señalado, aunque los Comentarios al art. 1 (párrafo 20 de la versión 2002) contemplan este concepto en términos similares a estos convenios, solamente se refiere a los residentes cualificados. No se computan, por lo tanto, los residentes en un Estado de la UE, TLCAN y EEE.

En nuestra opinión, lo lógico sería que esta cláusula sólo se aplicara cuando las participaciones privilegiadas pertenecen a residentes no cualificados, porque sólo en este caso quien materialmente recibe los beneficios del convenio es una persona que no guarda un vínculo suficiente con los Estados parte. Si las participaciones privilegiadas pertenecen a residentes cualificados, está justificada la aplicación del convenio, porque tienen un vínculo suficiente. No obstante, hay que resaltar que puede resultar muy gravoso determinar, en cada momento, cuál es la condición de los sujetos a los que pertenecen esas participaciones (residentes cualificados o no).

Tampoco queda claro a tenor del art. 24.6) del convenio con Luxemburgo si este límite se aplica a todos los rendimientos que se obtengan en el Estado de la fuente o sólo sobre los rendimientos afectados por las participaciones privilegiadas. La solución más razonable parece ser la segunda: los rendimientos no afectados deben seguir el régimen común, esto es, la aplicación completa del convenio.

B) Negociación sustancial y regular

Este concepto no lo define el Modelo EEUU de 1996⁶⁴⁰. Los convenios con Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos y Reino Unido sí contemplan una definición.

Este requisito excluye aquellas sociedades que carecen de una verdadera vocación bursátil, porque la contratación o negociación de sus participaciones permanece inactiva. Para que se produzca el presupuesto de la norma es necesario que la sociedad cotice materialmente. "La cotización material" se produce cuando las participaciones se negocian efectivamente en el mercado. Para ello es necesario que alcancen una determinada frecuencia y volumen de contratación⁶⁴¹. Cuando se materializan esos dos aspectos, el presupuesto que subyace a la norma se cumple. El

⁶⁴⁰ Tampoco lo define el nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002).

⁶⁴¹ Cfr. VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, cit., p. 16-41.

problema de este concepto es definir *cuál es el volumen y la frecuencia de contratación necesaria*.

Cuando el convenio no define expresamente los conceptos que utiliza, y no se deriva de su contexto una interpretación diferente, deberá acudirse a la definición prevista en la legislación interna (art. 3.2 Modelo EEUU y OCDE). En el caso de EEUU, cuando actúa como Estado de la fuente, es posible acudir al Derecho nacional. La legislación estadounidense define este concepto en las normativa del *branch tax* (*Treasury Regulations* sección 1.884-5.d.4.i.B). No sucede lo mismo cuando la situación se produce en sentido inverso. La legislación tributaria de los Estados miembros de la UE no contempla una definición en esta materia. No obstante, podría acudirse a la legislación mercantil en esta materia, para determinar cuáles son las exigencias mínimas, si es que existen, de frecuencia y volumen de contratación⁶⁴².

La norma americana considera que una clase de participaciones cumple este requisito cuando, durante el período impositivo, se han negociado, como mínimo, sesenta días por encima de la cuantía mínima habitual en ese mercado de valores (frecuencia de la negociación). Además, es necesario que las participaciones negociadas de cada clase superen, al menos, el diez por ciento del número de participaciones *emitidas y completamente desembolsadas* de cada clase (volumen de la negociación). En términos más sencillos, si de una clase existen cien participaciones completamente desembolsadas, al menos deben haberse negociado diez participaciones⁶⁴³.

Ejemplo⁶⁴⁴: La sociedad A reside en España. Tiene tres clases de participaciones: A, B y C. Las clases A y B son las participaciones principales porque representan más del 50 por 100 de los derechos de voto y del capital. Estas participaciones, conjuntamente, deben cumplir con el requisito de negociación. Solamente están admitidas a negociación el 30 por 100 de las

⁶⁴² Cfr. COHEN, H.; POLLACK, L.; SCHERER, M., "Analysis...", *cit.*, p. 62.

⁶⁴³ Cfr. BERMAN, D.; HYNES, J., "Limitation...", *cit.*, p. 693. No todas las participaciones principales deben estar admitidas a negociación en un mercado de valores. Ahora bien, al menos el 10 por 100 de las participaciones emitidas deben negociarse efectivamente. Por lo tanto, si sólo cotizan el 30 por 100 de las participaciones de una sociedad, al menos el 33 por 100 de las "participaciones cotizadas" deben haberse negociado ($30 \times 33 / 100 = 10$). Cfr. BENNETT, M.; MORRISON, P.; DANIELS, T.; DE HOSSON, F., *Commentary to the US-Netherlands Income Tax Convention*, Kluwer, La Haya, 1995, p. 71.

⁶⁴⁴ Ejemplo realizado a partir del previsto en STRAUCH, B., *Limitation...*, *cit.*, pp. 83 y 84.

participaciones A y B emitidas. Cotizan en un mercado secundario español y en otro americano. La negociación ha sido la siguiente:

| | Madrid (IBEX 35) | NASDAQ | |
|---------|------------------|--------|------|
| Clase A | 14 % | 12 % | 26 % |
| Clase B | 14 % | 11 % | 25 % |
| Total | 28 % | 23 % | 51 % |

En este caso se cumple el requisito, porque se han negociado el 15,3 por 100 de las participaciones principales ($51\% \times 30\%/100 = 15,3\%$)

Cuando EEUU sea el Estado de la fuente, la sociedad cotizada en el Estado de residencia deberá cumplir, en principio, este requisito. No obstante, se ha señalado por la doctrina, que los requisitos de la legislación americana no deben ser aplicables en el ámbito de los convenios que prevén un elenco de cláusulas de limitación de beneficios semejantes a las del Modelo EEUU de 1996, porque las normas del *branch tax* de 1986, están previstas para convenios que no contienen este tipo de normas⁶⁴⁵.

En este sentido, la alternativa consiste en formular un concepto autónomo. Para ello resulta útil acudir a las definiciones previstas en los convenios señalados al principio de este apartado. Estos convenios definen este requisito en términos semejantes. Estas definiciones en algunos aspectos flexibilizan los requisitos de la legislación americana. En otros aspectos, sin embargo, los agravan⁶⁴⁶. En los convenios que no definen expresamente este concepto, es probable que la Administración de EEUU admita que se cumple este requisito de la cláusula si la cotización se produce en los términos previstos en los convenios que sí prevén una definición. Por otro lado, lo que *es improbable es que la Administración de EEUU vaya a exigir requisitos más onerosos que los previstos en su propia legislación interna*⁶⁴⁷.

Los convenios que definen este concepto presentan dos desviaciones fundamentales del previsto en la legislación americana.

⁶⁴⁵ Cfr. JACOB, F., *et al.*, *Handbook...*, *cit.*, p. 28.

⁶⁴⁶ Cfr. MORRISON, P.; BENNETT, M., "The New U.S.-Netherlands Treaty: Part I...", *cit.*, p. 335.

⁶⁴⁷ Cfr. SCHINABECK, M., "The Limitation...", *cit.*, p. 28.

Por un lado, en cuanto a la *frecuencia de la contratación*, todos agravan este requisito. En los convenios con los Países Bajos y Reino Unido las participaciones deben negociarse *todos los meses del ejercicio*, por encima de la cuantía normal del mercado de valores donde la negociación se produce. En los convenios con Dinamarca e Irlanda, basta que se produzca cada cuatrimestre⁶⁴⁸. La legislación americana sólo requiere que se produzca durante sesenta días.

Por el contrario, el requisito sobre el *volumen de contratación* es menos oneroso. En los cinco convenios, Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo, los Países Bajos y Reino Unido, el porcentaje del diez por ciento se reduce al seis por ciento.

Tal y como está configurada esta cláusula, una entidad sólo podrá comprobar si la cumple al final del ejercicio. Sólo una vez terminado el período impositivo puede comprobarse si la frecuencia y el volumen de las participaciones negociadas ha alcanzado el nivel requerido. No obstante, estos convenios se han separado de la legislación estadounidense en cuanto al requisito del volumen de la negociación. Los convenios establecen que se tendrá en cuenta el porcentaje del ejercicio anterior. Esto último, en cierta medida, puede adelantar el conocimiento del cumplimiento de este requisito⁶⁴⁹.

Por último, el convenio con los Países Bajos excluye la aplicación de la cláusula de cotización en bolsa cuando el cumplimiento de este requisito "negociación sustancial y regular", se ha logrado *intencionadamente*. En estos casos, la negociación de las participaciones se ha desarrollado con el único fin de cumplir este requisito. Como parece deducirse del art. XXIV del Memorándum interpretativo del convenio, el contribuyente no tiene la obligación de probar que la negociación de las participaciones no responde a un plan preconcebido, cuyo fin es el cumplimiento de la cláusula. Sólo tiene que desvirtuar su existencia, en el caso de que existan evidencias de ello⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ El convenio con Luxemburgo no establece nada en cuanto a la frecuencia de la contratación. Cfr. MUNTENDAM, F., "Luxembourg...", *cit.*, p. 389.

⁶⁴⁹ Cfr. WINANDY, J., "Limitations...", *cit.*, p. 23.

⁶⁵⁰ Cfr. DECARLO, J.; GRANWELL, A.; VAN WEEGHEL, S., "An Overview of the Limitation on Benefits Article of the New Netherlands-U.S. Income Tax Convention", *TMIJ*, núm. 6, 1993, p. 275.

En nuestra opinión, en este caso no se invierte la carga de la prueba. Es la Administración tributaria la que debe probar que efectivamente se ha producido lo anterior. Al igual que sucede en la aplicación de la cláusula general sobre el fraude a la ley tributaria, el contribuyente evita su aplicación si muestra que existe un motivo económico válido, que desvirtúa el hipotético artificio.

C) Mercados de valores reconocidos

El Modelo EEUU de 1996 sólo autoriza que la sociedad coticé y sus participaciones se negocien en alguno de los mercados de valores situados en los Estados parte del convenio. Si la negociación se produce en un mercado no reconocido, no se adquiere la condición de residente cualificado⁶⁵¹.

En EEUU, según el Modelo y todos los convenios, por mercados de valores reconocidos se entiende el sistema NASDAQ perteneciente a la Asociación Nacional de Agentes de Cambio y Bolsa (*National Association of Securities Dealers, Inc.*) y cualquier mercado de valores registrado en la Comisión de Cambio y Valores (*Securities and Exchange Commission*) como mercado de valores nacional a los efectos de la Ley de Cambio y Bolsa (*Securities Exchange Act*) de 1934⁶⁵². Respecto al Estado español, por ejemplo, el convenio de forma genérica señala "los mercados de valores españoles". Debe entenderse que se está haciendo referencia a los mercados regulados en los arts. 31 y ss. de la LMV.

El Modelo indica también que tendrá también esa condición cualquier otro mercado que las autoridades competentes de los Estados parte del convenio reconozcan. A este respecto, hay que tener en cuenta que EEUU exige tres condiciones para acordar el reconocimiento de otros mercados de valores: que los requisitos para admitir la admisión de valores a negociación sean rigurosos, que esté ampliamente repartida la titularidad de las participaciones negociadas y, finalmente,

⁶⁵¹ Cfr. VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, cit., p. 16-43.

⁶⁵² Cfr. CAVESTANY MANZANEDO, M.A., "El artículo...", cit., p. 6.

que exista un volumen y frecuencia de contratación significativa⁶⁵³. Como se puede observar, estos tres requisitos son justamente los que garantizan que la cotización en un mercado de valores reúna los presupuestos sobre los que se establece esta cláusula. Esto último depende esencialmente de la configuración del mercado de valores.

Los convenios con Dinamarca, Francia, Irlanda, Luxemburgo, los Países Bajos y Reino Unido reconocen otros mercados de valores⁶⁵⁴. La particularidad es que todos ellos no están situados en ninguno de los Estados parte. El articulado de estos convenios, en prácticamente todas las cláusulas de limitación de beneficios, introducen determinados matices con el fin de tomar en consideración que estos Estados forman parte de determinadas organizaciones internacionales. Nótese que la mayoría de los mercados de valores reconocidos se sitúan en el territorio de Estados miembros de la UE, TLCAN y EEE.

Por lo tanto, en los convenios que se reconocen otros mercados, además de los propios de cada Estado contratante, los requisitos anteriores podrán cumplirse igualmente en esos mercados.

Los convenios con Luxemburgo y los Países Bajos establecen algunas restricciones. Como es sabido, esta cláusula autoriza la aplicación del convenio porque presupone que el capital está ampliamente repartido. Esta circunstancia contribuye al hecho de que los intereses de la sociedad y los partícipes no discurren de forma paralela.

Estos convenios reducen los mercados en los que pueden negociarse las participaciones de las *closely held companies*. Respecto al convenio con Luxemburgo,

⁶⁵³ Cfr. MUNTENDAM, F., "Luxembourg...", *cit.*, p. 389.

⁶⁵⁴ El reconocimiento de estos mercados se realiza en el protocolo del convenio, el Memorándum interpretativo o bien, a través de intercambios de cartas o notas. Los convenios con Francia y Luxemburgo reconocen los siguientes mercados de valores: las bolsas de Ámsterdam, Bruselas, Frankfurt, Hamburgo, Londres, Madrid, Sydney, Tokio y Toronto. En el convenio con Irlanda: las bolsas de Ámsterdam, Bruselas, Estocolmo, Frankfurt, Hamburgo, Londres, Madrid, Milán, París, Sydney, Tokio, Toronto y Viena. En el convenio con los Países Bajos y Reino Unido se reconocen las bolsas de Bruselas, Frankfurt, Hamburgo, Londres, Madrid, Milán, París, Sydney, Tokio y Toronto. En el convenio con Dinamarca: los mercados de Ámsterdam, Bruselas, Estocolmo, Frankfurt, Hamburgo, Londres, París, Sydney, Tokio y Toronto.

sólo se admiten los mercados de valores americanos registrados en la Comisión de Cambio y Valores y la Bolsa de Ámsterdam. Nótese que se excluye el NASDAQ, los mercados reconocidos mediante acuerdo y la propia Bolsa de Luxemburgo. En el convenio con los Países Bajos, las *closely held companies* sólo pueden cotizar en los mercados de valores americanos registrados en la Comisión de Cambio y Valores y la Bolsa de Ámsterdam.

Las *closely held companies* se definen en términos similares en ambos convenios. Se trata de aquellas sociedades en las que el cincuenta por ciento, o más, de las participaciones principales pertenecen a personas físicas o jurídicas que no tienen la consideración de residentes cualificados o de residentes en la Unión Europea en el sentido del convenio⁶⁵⁵, cuando cada uno de ellos, directa o indirectamente, a través de sujetos vinculados, tienen un cinco por ciento de esas participaciones durante más de treinta días del período impositivo. En suma, *se trata de sociedades cotizadas cuyo capital no está ampliamente repartido*, porque el cincuenta por ciento de las participaciones principales están en manos como máximo de diez sujetos ($50/5=10$). Estos sujetos no son residentes cualificados⁶⁵⁶.

Como ha señalado la doctrina, la cláusula de cotización en bolsa presupone que el capital de la sociedad está ampliamente repartido, por lo que la existencia de participaciones significativas, más del cinco por ciento, en sociedades que cotizan en bolsa por personas que no tienen derecho a la aplicación del convenio no casa con los presupuestos de los que parte esta cláusula⁶⁵⁷. En estos supuestos, el convenio, para garantizar que existe un vínculo suficiente con los Estados parte, sólo otorga la condición de residente cualificado si la negociación se produce en mercados situados en su territorio.

⁶⁵⁵ El convenio con Luxemburgo añade a los residentes en Estados miembros del TLCAN.

⁶⁵⁶ Para evitar la aplicación de esta disposición, las sociedades de los Países Bajos cotizadas alegaban que las participaciones en su capital eran al portador, por lo que les resultaba imposible saber a quién pertenecían. No obstante, ello se ha evitado al introducirse la obligación formal de informar a la Administración-respecto a la titularidad de las participaciones superiores al 5 por 100 en sociedades que cotizan. Cfr. DECARLO, J.; GRANWELL, A.; VAN WEEGHEL, S., "An Overview...", *cit.*, p. 275.

⁶⁵⁷ Cfr. MUNTENDAM, F., "Luxembourg...", *cit.*, p. 389.

También se ha señalado por la doctrina, que con esta referencia se pretende evitar otra modalidad de *treaty shopping*: el *stock exchange shopping*⁶⁵⁸. Respecto a los mercados excluidos, especialmente al convenio con Luxemburgo, los Estados parte han considerado que es relativamente sencillo que la sociedad cotice en el NASDAQ o en la bolsa de Luxemburgo, lo que puede dar lugar a que las participaciones estén en manos de un número reducido de personas que no son residentes cualificados o residentes en alguno de los Estados pertenecientes a las organizaciones internacionales mencionadas⁶⁵⁹.

II.E.3.- Acceso indirecto a la cláusula de cotización en bolsa.

Esta modalidad de la cláusula otorga a las sociedades que no cotizan –o que no pueden acceder directamente por esta vía– la condición de residente cualificado cuando están *controladas* por sociedades que sí cumplen la cláusula de cotización en bolsa⁶⁶⁰. En términos más sencillos, también acceden al convenio las filiales de las sociedades que cumplen la cláusula de cotización en bolsa.

El Modelo EEUU de 1996 define el acceso indirecto en los términos siguientes: Son residentes cualificados las sociedades “en las que al menos el cincuenta por ciento de *cada* categoría de participaciones pertenece, directa o indirectamente, a sociedades que cumplen la cláusula de cotización en bolsa. Las participaciones indirectas sólo se computan cuando todas las entidades intermedias *son residentes cualificados*”⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ Cfr. CHICA, J.; JOHNSON, “The New U.S.-Netherlands Tax Treaty: Understanding the International Tax Planning Implications”, *TNI*, junio, 1993, p. 1515.

⁶⁵⁹ Cfr. SCHAFFNER, J., “Highlights...”, *cit.*, p. 167.

⁶⁶⁰ Los convenios con Alemania, Finlandia, Grecia, y Suecia no contemplan esta modalidad de acceso. El convenio con Grecia no tiene ningún tipo de cláusulas de limitación de beneficios.

⁶⁶¹ El Modelo no utiliza esta expresión. Solamente indica que los sujetos que ocupan la cadena de participación indirecta cumplan alguna de las cláusulas establecidas en el apartado segundo del art. 22. Las cláusulas reguladas en este apartado (personas físicas, entidades gubernamentales cualificadas, cláusula de propiedad y erosión en la base y la propia cláusula de cotización en bolsa) son las que otorgan la condición, en todos los convenios analizados, de residente cualificado. El nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002) formula la modalidad de acceso indirecto en los mismos términos. Sin embargo, sólo requiere que los integrantes de la cadena de propiedad indirecta tengan la consideración de residentes en alguno de los Estados parte del convenio. No es necesario, por lo tanto, que sean residentes cualificados.

El concepto de *control* utilizado por el convenio se basa en la existencia de una participación sustancial en la entidad que no cumple directamente la cláusula de cotización en bolsa. La sociedad que ejerce el control debe ser titular de *al menos el cincuenta por ciento de las participaciones de cada clase*. Nótese que el convenio no exige que las participaciones representen un determinado porcentaje del capital de los derechos de voto, como sucede en el acceso directo. Aunque las participaciones pertenecientes a la sociedad que ejerce el control representen más del cincuenta por ciento del capital y los derechos de voto, no se cumple este requisito si no se es titular de, al menos, el cincuenta por ciento de cada categoría de participaciones⁶⁶².

Una sociedad puede tener el control sobre otra no sólo cuando es titular de una participación significativa. El concepto de control comprende todos aquellos supuestos en los que existe la posibilidad de *influir* sobre las decisiones de otra sociedad⁶⁶³. A pesar de ello, el Modelo EEUU de 1996 ha formulado este concepto en el sentido restringido expuesto.

Prácticamente todos los convenios han seguido el Modelo EEUU de 1996. El convenio con Luxemburgo solamente establece que la sociedad “esté controlada” por entidades que cumplan la cláusula de cotización en bolsa. En principio, bajo este concepto deben admitirse más supuestos, aparte del previsto en el propio Modelo. En esta línea, hay que mencionar el concepto utilizado por el convenio con Suiza, a pesar de que no se encuentre dentro de los convenios objeto de estudio.

En el convenio con Suiza tendrán acceso directo a la cláusula las sociedades sobre las que tenga un “interés dominante” (*predominant interest*) una entidad que

⁶⁶² Los convenios con Francia (art. 30.1.c.i), Irlanda (art. 23.2.e.ii), los Países Bajos (art. 26.1.c.ii.A) y Reino Unido (art. 23.2.c.ii), sin embargo, sólo exigen que la participación en la sociedad controlada represente más del 50 por 100 del capital y los derechos de voto (art. 30.1.c.i). El convenio con Austria solamente dice que la sociedad debe pertenecer en un 90 por 100 a la sociedad que cotiza en bolsa (art. 16.1.f). Los convenios que siguen la redacción del Modelo EEUU de 1996 son los celebrados con Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Italia y Portugal.

⁶⁶³ Cfr. SCHAFFNER, J., “Highlights...”, *cit.*, p. 167.

cumpla la cláusula de cotización en bolsa⁶⁶⁴. El Memorándum del convenio recoge una serie de ejemplos al respecto. En la mayoría de los ejemplos el “interés dominante” se deriva de la tenencia de una participación significativa. Existen también otros ejemplos en los que el interés no se deriva necesariamente de la titularidad de participaciones⁶⁶⁵.

No vamos a analizar con detenimiento este concepto. Solamente queremos destacar que esta formulación es más flexible, porque el control no se limita al hecho de tener un determinado porcentaje de participación. No obstante, hay que destacar que esa formulación, aunque más flexible, es menos precisa, y puede crear incertidumbre sobre su cumplimiento.

El segundo aspecto de esta cláusula se refiere a los sujetos que ejercen el control. El Modelo EEUU de 1996 exige que la sociedad que ejerce el control cumpla la cláusula de cotización en bolsa. *Estas sociedades deben residir necesariamente en alguno de los Estados parte*, porque, de lo contrario, no cumplirían la cláusula de cotización en bolsa⁶⁶⁶.

Dada la redacción del convenio con Luxemburgo, algunos autores se habían planteado si en este supuesto de acceso indirecto bastaba con que la sociedad que ejerce el control cotice en bolsa en alguno de los mercados reconocidos, con independencia del Estado donde tenga la residencia⁶⁶⁷. Este convenio no menciona expresamente que la sociedad que ejerce el control debe residir en alguno de los Estados parte del convenio. Es perfectamente posible que la sociedad cotice en alguno de esos mercados, pero que tenga su residencia fiscal en un Estado distinto⁶⁶⁸.

⁶⁶⁴ Cfr. MCCARTHY, C., “Switzerland: New Tax Treaty with the United States”, *ET*, núm. 4, 1997, p. 112.

⁶⁶⁵ Cfr. REINARZ, P., “Swiss/US pact sets strict limitation on benefits”, *ITR*, núm. 12, 1996, p. 3.

⁶⁶⁶ El convenio español es más restrictivo que el Modelo, porque la sociedad que ejerce el control debe residir en el mismo Estado que la sociedad controlada. Por lo tanto, no cumpliría la cláusula una sociedad residente en España controlada por una sociedad residente en EEUU cuyas participaciones se negocian sustancial y regularmente en el NASDAQ.

⁶⁶⁷ Cfr. COHEN, H.; POLLACK, L.; SCHERER, M., “Analysis...”, *cit.*, p. 63.

⁶⁶⁸ Cfr. COHEN, H.; POLLACK, L.; SCHERER, M., “Analysis...”, *cit.*, p. 63.

En nuestra opinión, esa duda realmente no existe. Una interpretación sistemática exige que ese requisito se produzca en todo caso. La definición de la sociedad que ejerce el control, se realiza siempre por remisión al apartado que regula esta cláusula en su modalidad de acceso directo. Por lo tanto, la remisión no se efectúa a cualquier tipo de sociedad, sino exclusivamente *a las sociedades residentes en alguno de los Estados parte*, que cotizan en alguno de los mercados reconocidos por el convenio y en los términos previstos por éste (negociación regular y substancial de las participaciones principales). De ahí que, aunque expresamente no se indique este particular, la remisión utilizada para articular esta modalidad de la cláusula de cotización de bolsa, presupone que las sociedades que ejercen el control son sociedades que cumplen la cláusula de cotización en bolsa, particular que exige con carácter previo ser residente en alguno de los Estados parte del convenio⁶⁶⁹.

Una interpretación en sentido contrario no parecería admisible a tenor de lo expuesto. Además, tampoco es probable que fuera aceptada por la Administración americana, porque claramente contradice su postura expresada en el Modelo⁶⁷⁰. Buen ejemplo de ello es que el Modelo EEUU de 1996 señala expresamente que la sociedad que ejerce el control deberá residir en alguno de los Estados parte. No obstante, aunque del texto del convenio pudiera derivarse lo contrario, dicha interpretación podría no tener ningún efecto práctico si la Administración de EEUU se niega a asumirla, ya que a través de los mecanismos internos de *treaty override* se exigiría igualmente ese requisito.

Los convenios solamente autorizan que el control lo ejerzan sociedades residentes en terceros Estados cuando tienen en cuenta que los Estados parte están integrados en determinadas organizaciones internacionales como la Unión Europea y el TLCAN y EEE⁶⁷¹. Cuando sucede lo anterior, también se modifican los porcentajes

⁶⁶⁹ El convenio con Irlanda para evitar cualquier género de dudas hace constar expresamente que la sociedad que ejerce el control debe residir en alguno de los Estados parte del convenio y cumplir la cláusula de cotización en bolsa. Cfr. CROWDUS, W., "Highlights of New Income Tax Treaty Between United States and Ireland", *TMIJ*, núm. 11, 1997, p. 562.

⁶⁷⁰ Cfr. COHEN, H.; POLLACK, L.; SCHERER, M., "Analysis...", *cit.*, p. 63.

⁶⁷¹ No obstante, a los efectos de la modalidad de acceso indirecto a la cláusula de cotización en bolsa, solamente se tienen en cuenta los residentes en Estados de la UE. Ello sucede en los convenios con

de participación en la sociedad controlada. Las participaciones pertenecientes a sociedades residentes en un Estado de la UE sólo se computan si cotizan en términos análogos a los previstos para el acceso directo a la cláusula.

Los convenios con Francia e Irlanda computan también la participación en manos de entidades públicas y sociedades participadas mayoritariamente por aquéllas. Lo peculiar de este supuesto, es que el sujeto que ejerce el control no tiene que cumplir ningún requisito de la cláusula de cotización. Aunque lo anterior no guarda coherencia con la estructura de la cláusula, hay que constatar que facilita sensiblemente el acceso al convenio a las sociedades que pertenecen, directa o indirectamente, a entidades públicas.

El Modelo, como hemos visto, computa las participaciones indirectas. No todos los convenios siguen la estructura del Modelo. La divergencia principal consiste en determinar qué entidades pueden formar parte de la cadena de propiedad indirecta, al efecto de su cómputo: ¿se admiten sólo los residentes cualificados o también los residentes no cualificados con derecho a la aplicación del convenio?

Finalmente, *esta cláusula se diferencia de la cláusula de propiedad y erosión en la base, precisamente porque no exige superar la "prueba de propiedad en la base"*. Ello sucede en todos los convenios salvo en los celebrados con Luxemburgo y los Países Bajos.

A) Porcentaje de participación y sujetos que ejercen el control

Salvo en el convenio con Austria (noventa por ciento), todos los convenios que autorizan esta modalidad de acceso siguen el porcentaje del cincuenta por ciento propuesto en el Modelo EEUU de 1996.

Los convenios con Austria, Dinamarca, Italia, los Países Bajos y Reino Unido prevén una restricción que, en nuestra opinión, no encuentra justificación alguna. El

Francia y los Países Bajos. El cómputo de participaciones de residentes UE, TLCAN y EEE tiene más efectos en las cláusulas de propiedad y erosión en la base y en la de beneficios derivados.

porcentaje de participación de la sociedad que accede indirectamente al convenio no debe pertenecer a más de cinco sociedades residentes en cualquiera de los Estados parte, que cumplan la cláusula de cotización en bolsa⁶⁷². Esto significa que, por ejemplo, una sociedad residente en Italia cuyo capital está repartido a partes iguales entre diez sociedades residentes en EEUU cuyas participaciones se negocian regular y sustancialmente en un mercado de valores reconocido, no podría acceder indirectamente a esta cláusula⁶⁷³.

Las TEs de estos convenios no explican por qué se exige este requisito. En nuestra opinión, este límite relativo al número de partícipes no encuentra fundamento alguno. Cuanto más repartido esté el capital de la sociedad, el control que ejercen los partícipes descende proporcionalmente, reduciéndose también las posibilidades de que la sociedad se utilice para estructuras *treaty shopping*.

Por otro lado, los convenios con Francia, Irlanda y los Países Bajos, además de la posibilidad recogida en el Modelo EEUU de 1996, establecen otras alternativas de acceso.

En los convenios con Francia (art. 30.1.c.ii) e Irlanda (art. 23.2.e.ii) no sólo se autoriza que sean sociedades que cumplen la cláusula de cotización en bolsa, sino también “entes gubernamentales cualificados” y sociedades participadas por estos últimos, cuando la participación represente más del cincuenta por ciento del capital y de los derechos de voto de la sociedad.

Ejemplo: Las participaciones de una sociedad residente en Francia están repartidas de la siguiente manera. El 30 por 100 del capital y de los derechos de voto pertenecen a una sociedad residente en Francia que cumple la cláusula de cotización en bolsa (participación A). El 5 por 100, pertenece a una sociedad residente en EEUU (participación B). Un 15 por 100 pertenece a un ente gubernamental cualificado en Francia (participación C). Un 20 por 100 pertenece a una sociedad residente en Francia que pertenece íntegramente a un ente gubernamental cualificado de EEUU (participación D). El resto, 30 por 100, pertenece a una sociedad residente en Italia (participación E). La sociedad residente en Francia puede acceder indirectamente porque el 65 por 100 de su capital y derechos de voto pertenece a los sujetos señalados en el convenio (participaciones A, C y D). Según el Modelo EEUU de 1996, no

⁶⁷² El nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002) también establece este requisito.

⁶⁷³ Cfr. VALENTE, P.; MAGENTA, M., “Analysis of Certain Anti-Abuse Clauses in the Tax Treaties Concluded by Italy”, *BIFD*, núm. 1, 2000, p. 44.

cumple indirectamente la cláusula de cotización en bolsa, porque solamente se computaría la participación A, que es inferior al 50 por 100.

Estos convenios facilitan significativamente la aplicación del convenio a las sociedades participadas directa, o indirectamente, por entes públicos. Es cierto que en la cláusula de propiedad y erosión en la base, las participaciones pertenecientes a entes públicos también se computan, habida cuenta que son residentes cualificados. Ahora bien, esta cláusula no sólo exige cumplir el requisito de propiedad, sino también el “test de erosión en la base”. Los convenios celebrados con Francia e Irlanda liberan, en la mayoría de los casos, de cumplir este requisito a las sociedades en manos públicas, permitiendo el acceso indirecto a través de la cláusula de cotización en bolsa.

En segundo lugar, los convenios con Francia (art. 30.1.c.iii) y los Países Bajos (art. 26.1.c.iii) también permiten, bajo el cumplimiento de una serie de requisitos, acceder indirectamente a esta cláusula cuando la sociedad está controlada por residentes en Estados de la Unión Europea.

Dos son las observaciones que hay que realizar antes de analizar su régimen jurídico. En primer lugar, siempre se exige que un determinado porcentaje del capital y de los derechos de voto de la sociedad controlada pertenezca a sociedades residentes en alguno de los Estados parte que cumplen la cláusula de cotización en bolsa. En segundo lugar, *esta norma especial sólo se aplica cuando la sociedad que accede indirectamente es residente en Francia o los Países Bajos*. Las sociedades residentes en EEUU sólo pueden acceder indirectamente siguiendo la modalidad general, ya expuesta.

La participación debe estructurarse de la forma siguiente.

Por un lado, al menos el treinta por ciento de los derechos de voto y del capital deben pertenecer, directa o indirectamente, *a sociedades que residen en el mismo Estado* (Francia o los Países Bajos) que cumplan la cláusula de cotización en bolsa.

Por lo tanto, no se computan, como sucede en el supuesto general, la participación de sociedades residentes en EEUU que cumplen la cláusula de cotización en bolsa.

El convenio con los países Bajos mantiene aquí también la restricción en cuanto al número de sociedades que pueden reunir esta participación, limitándolo a cinco. El convenio con Francia admite también aquí que la participación pertenezca a entes públicos y sociedades participadas, en los términos señalados⁶⁷⁴.

Por otro lado, al menos el setenta por ciento de los derechos de voto y del capital de la sociedad deben pertenecer, directa o indirectamente, a sociedades residentes en cualquiera de los Estados parte del convenio que cumplan la cláusula de cotización en bolsa y a *sociedades residentes en Estados de la Unión Europea cuya categoría principal de participaciones se negocie sustancial y regularmente en alguno de los mercados de valores reconocidos por el convenio* –en definitiva, que cumplan la cláusula de cotización en bolsa–.

El convenio con los Países Bajos mantiene aquí también el límite cuantitativo. Ese porcentaje de participación no debe pertenecer a más de cinco sociedades. Respecto al convenio con Francia, mantiene también el cómputo de entidades públicas de los Estados contratantes y sociedades participadas por éstos. Además, añade a los entes públicos de Estados miembros de la Unión Europea y las sociedades participadas por éstos⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ Dada la redacción del convenio con Francia, parece que el requisito de que los sujetos que ejercen el control residan también en Francia, sólo se aplica a las sociedades que cumplen la cláusula de cotización en bolsa. En cuanto a los entes públicos y sociedades participadas por éstos, parece que pueden residir en cualquiera de los Estados parte. No obstante, en la práctica, no es probable que un ente público francés participe en una sociedad residente en EEUU y, viceversa, que un ente público de los EEUU participe en una sociedad residente en Francia. En este sentido, SCHINABECK, M., "The Limitation...", *cit.*, p. 30

⁶⁷⁵ Es esta la conclusión que se deduce de la lectura del complicado apartado c.iii.bb del art. 30.1 del convenio. No obstante, SCHINABECK, M., "The Limitation...", *cit.*, p. 30, parece entender que sólo se tienen en cuenta los entes públicos de EEUU y Francia. SPECTOR, P.; SALOU, S., "The New...", *cit.*, p. 99 sostienen al igual que nosotros que deben incluirse también los entes públicos de Estados comunitarios. Este último supuesto se está refiriendo al siguiente ejemplo: La sociedad A residente en Francia está participada en más de un 70 por 100 de sus derechos de voto y capital por la sociedad B que reside en Alemania. Más del 50 por 100 de los derechos de voto y capital de la sociedad B pertenecen a un *Länder* alemán.

Como se puede observar, *los sujetos que se computan en el requisito del treinta por ciento, también se computan para calcular si se cumple el porcentaje del setenta por ciento*. De lo contrario, sería prácticamente imposible cumplir esta cláusula cuando los sujetos referidos en el supuesto del treinta por ciento, tuvieran una participación superior a esa cifra.

Ejemplo: La sociedad A residente en Francia está participada en un 35 por 100 por la sociedad B, también residente en Francia y que cumple la cláusula de cotización en bolsa. El 70 por 100 restante está repartido de la siguiente manera: el 40 por 100 pertenece a la sociedad C, que reside en España. Las participaciones de la sociedad C se negocian sustancial y regularmente en la bolsa de Madrid. El 25 por 100 restante pertenece a la sociedad D, residente en Suiza. El requisito del 30 por 100 se cumple, porque existe una sociedad con una participación que supera dicho montante, la sociedad B, que cumple la cláusula de cotización en bolsa y reside en el mismo Estado que la sociedad A (Francia). También se cumple el requisito del 70 por 100, porque, por un lado, la sociedad A está participada por una sociedad residente en la UE (sociedad C), cuyas participaciones se negocian sustancial y regularmente en un mercado de valores reconocido. Si sumamos las participaciones de C (40 por 100) y B (35 por 100), se cumple también el requisito del 70 por 100 que establece el convenio.

La redacción de la cláusula es ciertamente complicada, pero por lo menos permite ampliar el número de sociedades que pueden acceder al convenio. El elemento comunitario que incorpora al convenio, materialmente amplía los vínculos que debe guardar la sociedad con el Estado de residencia. Se admite la aplicación del convenio si existe un vínculo suficiente en Estados miembros de la Unión Europea. Aún así, debe repararse que no se prescinde totalmente de la conexión del sujeto con el territorio del Estado de residencia, en virtud del requisito del treinta por ciento. No obstante, se reduce sustancialmente respecto al porcentaje general para el acceso indirecto al convenio a través de la cláusula de cotización en bolsa (cincuenta por ciento).

B) Concepto de residente en Estados de la Unión Europea y del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el Espacio Económico Europeo

El concepto de residente en un Estado miembro de la UE, TLCAN y EEE, cuando se prevea, aparece también en otras cláusulas de limitación de beneficios, especialmente en la cláusula de propiedad y erosión en la base y en la cláusula de beneficios derivados. En este apartado analizaremos su significado, al cual nos remitiremos en los apartados siguientes, al hilo del estudio del resto de cláusulas.

Este concepto se utiliza para computar, en las distintas cláusulas, la participación de sujetos que son residentes en alguno de los Estados que forman parte de dichas organizaciones o acuerdos internacionales⁶⁷⁶. Como veremos exige algo más que tener la consideración de residente según la legislación de cualquiera de los Estados miembros de las organizaciones internacionales referidas.

Con carácter general deben reunirse dos requisitos. En primer lugar, el Estado de residencia del partícipe debe haber celebrado un convenio de doble imposición con el Estado en que se genera el rendimiento. Los EEUU han celebrado convenios de doble imposición con todos los Estados miembros de las UE, TLCAN y EEE, por lo que el cumplimiento de este requisito no planteará problema alguno cuando se solicita a EEUU que, en calidad de Estado de la fuente, aplique el convenio.

En segundo lugar, el convenio celebrado con los EEUU por el Estado de residencia del partícipe debe contener una cláusula general de limitación de beneficios similar a la prevista en el art. 22 del Modelo EEUU de 1996. El sujeto que ejerce el control (partícipe), además de tener la consideración de residente a efectos de este convenio, debe cumplir alguna de las cláusulas establecidas en el convenio celebrado con los EEUU que otorgue la condición de residente cualificado. Por lo tanto, no vale el cumplimiento de cualquier cláusula que da derecho a la aplicación del convenio, sino solamente aquéllas que otorgan la condición de residente cualificado⁶⁷⁷.

El segundo requisito puede plantear el siguiente problema. Aunque EEUU haya celebrado convenios de doble imposición con todos los Estados que forman parte de la UE, TLCAN y EEE, no todos ellos contemplan un conjunto de cláusulas de limitación de beneficios como las del Modelo EEUU de 1996. El convenio con Grecia

⁶⁷⁶ La incidencia de este concepto en la cláusula de cotización en bolsa es escasa, ya que solamente interviene en los convenios con Francia y los Países Bajos. Además, sólo se tienen en cuenta cuando el "partícipe comunitario", en la modalidad de acceso indirecto, cuando éste, de haber residido en Francia o los Países Bajos, hubiera cumplido *directamente* la cláusula de cotización en bolsa.

⁶⁷⁷ Eso es así en todos los convenios que computan partícipes UE, TLCAN y EEE (Dinamarca, Francia, Irlanda, Países Bajos y Reino Unido), salvo el convenio con Luxemburgo. Este convenio añade la cláusula de actividad que, como sabemos, no otorga la condición de residente cualificado. No obstante, cuando se computan estas participaciones en la cláusula de cotización en bolsa (Francia y los Países Bajos) el partícipe debe cumplir necesariamente la cláusula de cotización en bolsa.

no contiene cláusula alguna y el convenio con Bélgica sólo contempla una modalidad limitada, habida cuenta que se negoció siguiendo el Modelo EEUU de 1977.

Para resolver este problema que puede plantear el segundo requisito, los convenios prevén la siguiente ficción⁶⁷⁸. El partícipe se considerará residente en un Estado miembro de la UE, TLCAN y EEE si, de haber tenido la consideración de residente⁶⁷⁹ en el Estado del convenio con EEUU que se quiere aplicar (es decir, en el Estado donde reside la sociedad en la que participa), hubiera cumplido alguna de las cláusulas de limitación de beneficios que otorga la condición de residente cualificado.

Ejemplo: El convenio implicado es el celebrado entre Francia y EEUU. Una sociedad residente en Francia solicita a la Administración tributaria americana su aplicación respecto a determinados rendimientos obtenidos en EEUU. La sociedad francesa está controlada en un 50 por 100 por una sociedad residente en Grecia. El convenio celebrado entre EEUU y Grecia no contiene cláusulas de limitación de beneficios. No obstante, la sociedad residente en Grecia, de haber residido en Francia, hubiera cumplido la cláusula de propiedad y erosión en la base (que otorga la condición de residente cualificado). Siendo ello así, se computa la participación de la sociedad griega, porque reúne los requisitos del concepto expuesto⁶⁸⁰.

El concepto de residente en Estados de la UE, TLCAN y EE se formula en términos semejantes en todos los convenios que lo prevén (Dinamarca, Francia, Irlanda, Luxemburgo, los Países Bajos y Reino Unido)⁶⁸¹.

C) Participación indirecta

Todos los convenios que permiten el acceso indirecto computan tanto las participaciones directas como las indirectas. Para computar las participaciones

⁶⁷⁸ Se trata de una ficción, porque, como ha señalado MARÍN-BARNUEVO FABO, D., *Presunciones...*, cit., p. 137, la disposición normativa "simula la identidad de dos hechos que se sabe diferentes, con la finalidad de atribuir al segundo de ellos el mismo régimen jurídico que ya había sido descrito para el primero".

⁶⁷⁹ Esto no exige solamente cumplir la cláusula de limitación de beneficios, sino también estar sujeto a la renta mundial obtenida, porque de lo contrario no se es residente en el sentido del convenio y no puede darse el paso siguiente, comprobar si se cumple alguna de las cláusulas de limitación de beneficios.

⁶⁸⁰ Cfr. SPECTOR, P., "Limitations on Benefits under the New US-Netherlands Income Tax Treaty", *BIFD*, núm. 4, 1993, p. 163. Véase los ejemplos que recogidos en las páginas 163 y 164 del trabajo citado.

⁶⁸¹ Los convenios con Francia y los Países Bajos sólo se refieren a la Unión Europea. Nada mencionan sobre el TLCAN. Los convenios con Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo y Reino Unido se refieren también al TLCAN. Solamente los convenios con Dinamarca y Reino Unido se refieren al EEE.

indirectas es necesario que *todos* los entes que integran “la cadena de participación” (*chain of ownership*) tengan la condición de *residentes cualificados*⁶⁸². Esta es la interpretación que se deriva del art. 22 del Modelo EEUU de 1996 y de las Tesis de los convenios⁶⁸³.

Los entes que forman parte de la cadena indirecta no tienen a su vez que cumplir la cláusula de cotización en bolsa, pero al menos deben ser residentes cualificados. No se computarán las participaciones indirectas, cuando alguno de los que integran la cadena no es residente cualificado. *Cuando la cadena se rompe, no se computa la participación indirecta.*

En los convenios que se tienen en cuenta a residentes de la Unión Europea (Francia y los Países Bajos), también esos residentes pueden formar parte de la “cadena de participación indirecta”, siempre que reúnan esa condición en los términos del apartado anterior⁶⁸⁴.

D) Erosión en la base

Como hemos señalado, *la cláusula de cotización en bolsa se caracteriza porque no se requiere el cumplimiento del requisito de erosión en la base*. Sin embargo, los convenios con Luxemburgo y los Países Bajos prevén este requisito adicional, aunque solamente para la modalidad indirecta de la cláusula de cotización en bolsa. Por este motivo, en esos dos convenios, para acceder al convenio de doble imposición a través de la modalidad indirecta de la cláusula de cotización en bolsa, la

⁶⁸² Cfr. BERMAN, D.; HYNES, J., “Limitation...”, *cit.*, p. 694. Sin embargo, en el nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002), basta que sean residentes en cualquiera de los Estados parte, no tienen por que se necesariamente residentes cualificados.

⁶⁸³ No se define en el convenio cómo se articula la participación indirecta. Señala SCHINABECK, M., “The Limitation...”, *cit.*, p. 29, que según la legislación interna americana (*branch tax*), el cálculo se efectúa realizando el prorrateo correspondiente en función de la distinta participación de los componentes de la cadena. Así, por ejemplo, si la sociedad residente en Francia pertenece a la sociedad A en un 80 por 100 y ésta, a su vez, a la sociedad B, que cumple la cláusula de cotización en bolsa, en un 75 por 100. Tras el prorrateo correspondiente se comprueba que se cumple el porcentaje de participación establecido en el convenio -50 por 100, que es el resultado de multiplicar 80 por 75 y dividirlo entre 100).

⁶⁸⁴ Cfr. FOURNIER, C., “U.S.-France treaty tightens limitation of benefits, adds pensions provisions”, *TJIT*, núm. 11, 1994, p. 493 y SCHINABECK, M., “The Limitation...”, *cit.*, p. 29.

sociedad deberá cumplir también la cláusula de erosión en la base que analizaremos en un apartado posterior (II.F.3). Cuando el acceso es directo, ningún convenio lo establece. *Ello es lógico, porque si no, la cláusula de cotización en bolsa no tendría "ventaja alguna" en relación con la cláusula de propiedad y erosión en la base.*

El convenio con Luxemburgo se remite a la cláusula de erosión en la base general, por lo que pospongo su estudio al apartado siguiente (art. 24.2.e). *El convenio con los Países Bajos prevé una cláusula especial de erosión en la base en esta materia.*

La complejidad del convenio holandés es máxima. En todos los supuestos de acceso indirecto a la cláusula de cotización en bolsa es necesario que *la sociedad haya actuado durante el ejercicio como sociedad conductora*. El concepto de sociedad conductora, con ciertas particularidades, se asimila a la cláusula general de erosión en la base. Cuando se compruebe que, en efecto, la entidad ha actuado como sociedad conductora, el convenio todavía autoriza su aplicación si cumple otra modalidad de cláusula de erosión en la base, "la cláusula de erosión en la base para sociedades conductoras" (*conduit base reduction test*).

A los efectos del art. 26.8.m) del convenio, se entiende por *sociedad conductora* aquella sociedad que durante el período impositivo efectúa pagos en concepto de intereses y cánones, u otros conceptos que sean deducibles en la base imponible, por un importe igual o superior al noventa por ciento de los ingresos percibidos por el mismo concepto⁶⁸⁵.

Aunque el convenio prevea también "otros conceptos que sean gasto deducible", está pensando principalmente en intereses y cánones. Como ha señalado la doctrina, esta norma pretende evitar la utilización de sociedades de financiación holandesas cuyos principales ingresos y gastos consisten en intereses y cánones⁶⁸⁶.

⁶⁸⁵ El art. 26.5.b) regula un concepto de gastos deducibles que se examinará en el apartado siguiente. Cfr. TURRO, J., "U.S. and the Netherlands Sign Tax Treaty; Limitation-on-Benefits Article Breaks New Ground", *TNI*, núm. 27, 1992, p. 1471.

⁶⁸⁶ Cfr. SPECTOR, P., "Limitations...", *cit.*, p. 165.

Ese tipo de sociedades, como se expuso en la primera parte, responde a la estructura *stepping stone* en la que los rendimientos percibidos por la sociedad intermedia o conductora se compensan con gastos facturados por terceras personas.

En ese sentido se estructura la norma, pues determina que actúan como sociedades conductoras las que destinan más del noventa por ciento de los intereses y cánones recibidos a atender pagos por el mismo concepto. Nótese, sin embargo, que la comparación se realiza en términos distintos a la cláusula general de erosión en la base. En la cláusula general la comparación es global, el conjunto de ingresos se compara con el conjunto de gastos. Sin embargo, en este supuesto la comparación es concepto por concepto. Por este motivo, puede suceder que el montante de gastos con respecto a los ingresos de una sociedad sea reducido pero, aún así, al compararse individualizadamente los rendimientos, el conjunto de gastos en concepto de intereses o cánones es superior al 90 por 100 de los ingresos procedentes de esa misma fuente.

La aplicación de esta cláusula puede dar lugar a que entidades financieras se consideren sociedades conductoras, habida cuenta que los intereses, tanto en la vertiente del gasto como del ingreso, constituyen el objeto principal de su actividad⁶⁸⁷. También puede suceder lo mismo respecto a las entidades aseguradoras. Por este motivo, el convenio no aplica este requisito a las entidades financieras y aseguradoras⁶⁸⁸.

Aún así, al realizarse la comparación concepto por concepto, puede resultar que se produzcan bastantes supuestos en los que se considere que una sociedad actúa como sociedad conductora. Téngase en cuenta que por el simple hecho de que un concepto supere el porcentaje de comparación no se aplica la cláusula de cotización en bolsa, a pesar de que su cuantía sea ínfima con respecto al volumen global de ingresos y gastos de la sociedad.

⁶⁸⁷ Cfr. SPECTOR, P., "Limitations...", *cit.*, p. 165.

⁶⁸⁸ En cuanto a las entidades aseguradoras la comparación se realizaría entre las primas.

Para impedir que estas sociedades dejen de estar amparadas por el convenio, se prevé una cláusula especial de erosión en la base (*conduit base reduction test*).

La cláusula especial de erosión en la base se establece, prácticamente, en los mismos términos que la cláusula general de erosión en la base que se examinará detenidamente en el apartado siguiente. Solamente se modifican las personas a quienes deben dirigirse esos “pagos deducibles” al efecto de computarlos para comprobar si se ha superado o no el porcentaje previsto en cada caso.

Como veremos en el apartado siguiente, en la cláusula general de erosión en la base se establece un porcentaje máximo de pagos deducibles que pueden destinarse a residentes no cualificados. Si se supera ese porcentaje, no se cumple la cláusula. La cláusula especial del convenio holandés bascula sobre dos aspectos. Por un lado, quiénes son los que reciben los pagos y, por otro, qué nivel de tributación sufren esas rentas en el Estado de residencia del perceptor⁶⁸⁹.

Teniendo en cuenta esos dos aspectos, el convenio en su apartado 5.d del art. 26 dispone que solamente se computan los pagos deducibles realizados a residentes no cualificados que estén *vinculados* con la sociedad que realiza esos mismos pagos. Existirá vinculación entre la sociedad pagadora y perceptora cuando concorra alguna de las circunstancias del art. 9 del convenio. En segundo lugar, la tributación sufrida en el Estado de residencia del perceptor se compara con la tributación que hubiera sufrido en el Estado del pagador. Cuando la tributación sufrida en el primer Estado es inferior al cincuenta por ciento de la tributación que hubiera soportado en el segundo Estado, estos pagos tendrán la consideración de “pagos deducibles” en el sentido del convenio, y se computarán para calcular si se supera o no el porcentaje establecido⁶⁹⁰.

⁶⁸⁹ Cfr. SPECTOR, P., “Limitations...”, *cit.*, p. 166.

⁶⁹⁰ Para calcular la tributación sufrida por el rendimiento obtenido por la sociedad, se computará también el gravamen por obligación real que hubiera podido sufrir en el Estado de residencia de la sociedad pagadora. Por lo tanto, se computan a efectos de la comparación tanto el gravamen en la fuente como el gravamen en residencia. Cuando el Estado de residencia del pagador son los Países Bajos, tanto en virtud del convenio como de su legislación interna, no existirá gravamen en la fuente si las rentas pagadas son intereses o cánones. El convenio entre Estados Unidos y los Países Bajos reserva al Estado de residencia el gravamen exclusivo (no gravamen, por lo tanto, en fuente). La legislación interna holandesa tampoco establece gravamen alguno por obligación real sobre esas rentas.

En definitiva, para cumplir esta cláusula especial de erosión en la base, la sociedad no deberá destinar durante el período impositivo más del cincuenta por ciento de sus ingresos brutos a atender pagos facturados por residentes no cualificados con los que esté vinculada, siempre y cuando la tributación que éstos últimos sufren por los rendimientos obtenidos sea inferior al umbral señalado⁶⁹¹.

Como se puede observar, la complejidad no puede ser mayor. Solamente el hecho de comprobar si se es sociedad conductora y, posteriormente, si se cumple la cláusula especial de erosión en la base, puede suponer una carga muy importante para el contribuyente afectado.

II.E.4.- Cuadro

Para facilitar la comprensión de cómo se configura la cláusula de cotización en bolsa en los convenios examinados véase el cuadro siguiente:

| | |
|---|--|
| CDIs sin cláusula de cotización en Bolsa | Grecia |
| CDIs que prevén la cláusula de cotización en Bolsa | Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia |
| CDIs que no permiten el acceso indirecto | Alemania, Finlandia y Suecia |
| CDIs que permiten el acceso indirecto | España, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Países Bajos y Reino Unido |
| CDIs que agravan el régimen del Modelo EEUU en cuanto al acceso indirecto | Austria (90 por 100 de participación y no más de cinco sociedades) Italia, los Países Bajos y Reino Unido (no más de cinco sociedades) |
| CDIs que computan la participación de entidades públicas en el acceso indirecto | Francia e Irlanda |
| CDIs que incorporan partícipes residentes en la UE en el acceso indirecto | Francia (sociedades residentes en Estados de la UE que cotizan y entes públicos de Estados de la UE) Países Bajos (sociedades residentes en Estados de la UE que cotizan) |
| CDIs que exigen cumplir la cláusula de erosión en la base | Luxemburgo (en todos los supuestos de acceso indirecto) Países Bajos (en todos los supuestos de acceso indirecto hay que cumplir la cláusula de sociedad conductora y, en su caso, la cláusula de erosión en la base para sociedades conductoras) |

⁶⁹¹ En este sentido resultan ilustrativos los dos ejemplos recogidos en el trabajo de SPECTOR, P., "Limitations...", *cit.*, p. 167.

II.F.- La cláusula de propiedad y erosión en la base (*ownership/base erosion test*)

II.F.1.- Planteamiento

La última cláusula que otorga la condición de *residente cualificado* es la cláusula de propiedad y erosión en la base. Esta cláusula consta de dos requisitos, el requisito de propiedad y el de erosión en la base. Ambos requisitos deben cumplirse simultáneamente para acceder a la condición de residente cualificado. El Modelo EEUU de 1996 formula ambas partes de la cláusula en los términos siguientes⁶⁹².

Para cumplir la cláusula de propiedad, al menos el cincuenta por ciento *de cada clase de participaciones* de una entidad deberán pertenecer, directa o indirectamente, a residentes cualificados durante, como mínimo, la mitad del período impositivo. Al igual que sucede en la cláusula de cotización en bolsa, las participaciones indirectas sólo se computan si todos los sujetos que forman parte de la cadena de propiedad son, a su vez, residentes cualificados. Como se puede comprobar, los requisitos son de carácter cualitativo (¿quiénes son los partícipes?), cuantitativo (¿qué porcentaje de participación deben tener?) y temporal (¿durante cuánto tiempo debe mantenerse la participación?).

El Modelo EEUU de 1996 y los convenios celebrados por ese mismo Estado, siempre vinculan a la cláusula de propiedad un “test de erosión en la base”. La cláusula de propiedad, por sí misma, no es suficiente para denegar la aplicación del

⁶⁹² Los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE también contemplan esta cláusula (párrafo núm. 19 que pasa a ser el párrafo núm. 17 en la versión de 2002). Su tenor es el siguiente: “Cuando las rentas procedentes de un Estado contratante se obtengan por una sociedad residente del otro Estado contratante, y una o más personas no residentes de ese otro Estado contratante: a) detentan directa o indirectamente o a través de una o más sociedades cualquiera que sea su residencia, un interés sustantivo en dicha sociedad, en forma de participación o de otro modo, y b) ejercen directa o indirectamente, de forma individual o conjuntamente, la gestión o el control de dicha sociedad, cualquier disposición de ese Convenio que reconozca una exención o reducción impositiva no será aplicable si más del 50 por ciento de dichas rentas se utiliza para satisfacer obligaciones con dichas personas (incluidos los intereses, cánones, gastos de desarrollo, publicidad, primer establecimiento y desplazamiento, y amortización de cualquier clase de activos empresariales comprendidos los activos inmateriales y procesos productivos)”. Junto a esta cláusula aislada, se encuentra la que se prevé en el nuevo párrafo núm. 20. Esta última es similar a la del Modelo EEUU. Existe alguna desviación que se señalará en su momento.

convenio en supuestos de estructuras *stepping stone*⁶⁹³. Esta estructura redirige el rendimiento obtenido en el Estado de la fuente al inversor último transformando el ingreso obtenido en la fuente en un gasto en el Estado de residencia de la sociedad intermedia. El rendimiento fluye vía gasto hacia un tercer Estado. Esta estructura, aunque normalmente se materializa a través de una sociedad propiedad de no residentes, no tiene necesariamente por qué efectuarse así.

La cláusula de propiedad solamente deniega la aplicación del convenio cuando la sociedad del Estado de residencia pertenece, mayoritariamente, a no residentes. Esta cláusula no permitiría denegar la aplicación del convenio cuando la estructura *stepping stone* se canaliza a través de una sociedad participada mayoritariamente por residentes. La cláusula de propiedad, por lo tanto, se vincula a la de erosión en la base, para impedir la aplicación del convenio cuando se utiliza ese tipo de estructuras.

Entre las cláusulas propuestas por la OCDE, se encuentra la cláusula de propiedad formulada aisladamente (cláusula de transparencia), aunque también se prevé la misma, como sucede en el Modelo EEUU, vinculada a la cláusula de erosión en la base (cláusula de tránsito)⁶⁹⁴. Los Comentarios al Modelo OCDE también señalan los problemas que plantea esta cláusula, si no aparece vinculada a la cláusula de erosión en la base, para evitar las estructuras *stepping stone*. No obstante, conviene señalar que la cláusula de propiedad o transparencia es la única cláusula de limitación de beneficios que ha tenido cierto grado de utilización en los convenios celebrados por España, si excluimos, obviamente, el convenio con EEUU⁶⁹⁵.

La segunda fase de la cláusula consiste en comprobar si no se supera "la prueba de erosión en la base". Según el Modelo EEUU, el sujeto debe destinar menos

⁶⁹³ Cfr. WURM, F., "Treaty Shopping in the 1992 OECD Model Convention", *Intertax*, núm. 12, 1992, p. 662 y CAVESTANY MANZANEDO, M.A., "El *treaty shopping*...", *cit.*, p.99 y GOOSSEN, H., "Limiting Treaty Benefits", *The International Tax Journal*, núm. 1, 1993, pp. 24 y 25.

⁶⁹⁴ Entre paréntesis se indica la terminología de la OCDE para denominar estas cláusulas. Hay que recordar que esta cláusula se formula aisladamente y no en el contexto de un conjunto de cláusulas de limitación de beneficios, similar al art. 22 del Modelo EEUU, que prevé el nuevo párrafo 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002).

⁶⁹⁵ Cfr. RAVENTÓS, S., "El *treaty shopping*...", *cit.*, p. 71. Analizaremos brevemente estas cláusulas en el apartado II.F.2.E.

del cincuenta por ciento de sus rentas brutas a realizar pagos, deducibles de su base imponible, *a personas que no residan en ninguno de los Estados parte el convenio*. No se computan los pagos a no residentes cuando se realizan a un establecimiento permanente situado en alguno de los Estados parte. Como se puede comprobar, *este requisito pretende que no se erosione la base imponible de la sociedad, o lo que es lo mismo, que sólo se aplique el convenio a las entidades que no erosionan su base*.

Los dos requisitos de esta cláusula pretenden garantizar que sólo se otorgue la aplicación del convenio cuando la sociedad y los rendimientos obtenidos en la fuente, mantienen un vínculo fáctico suficiente con alguno de los Estados parte del convenio. Para ello limita la aplicación del convenio a las sociedades que pertenecen a residentes en alguno de los Estados parte del convenio y asegura que los rendimientos generados en la fuente no se obtengan, indirectamente, por residentes en terceros Estados, a través de la cláusula de erosión en la base⁶⁹⁶.

A continuación analizaremos, separadamente, los problemas que plantea cada una de estas cláusulas, a la luz de cómo se han recogido en los convenios de doble imposición objeto de estudio. Con carácter general, hay que señalar que los convenios tratan de aclarar algunos de los interrogantes que su aplicación plantea, además de añadir elementos para tener en cuenta que algunos de los Estados parte son miembros de determinadas organizaciones internacionales. Respecto a estos últimos, se amplían los márgenes territoriales con los que debe guardarse un vínculo material efectivo.

II.F.2.- La cláusula de propiedad

A) Formulación positiva o negativa de la cláusula

La formulación de la cláusula de propiedad, en sentido negativo o positivo, puede tener consecuencias significativas en cuanto al número de sujetos que pueden cumplirla⁶⁹⁷.

⁶⁹⁶ Cfr. KIM, J., "The U.S.-West German Income Tax Treaty: Can Article 28's Limitation on Benefits Serve as a Model for the Treasury's Anti-Treaty Shopping Policy?", *The Tax Lawyer*, núm. 4, 1990, p. 993.

⁶⁹⁷ Cfr. DE LIGNIE, M., "Limitation...", *cit.*, p. 72.

El Modelo EEUU y la mayoría de convenios formulan este requisito en sentido positivo. El Modelo señala que "al menos el cincuenta por ciento de cada clase de participaciones en la entidad debe pertenecer, directa o indirectamente a residentes cualificados"⁶⁹⁸.

Ejemplo: La sociedad A, residente en España, pertenece en un 45 por 100 a la sociedad B, residente en Marruecos y en un 55 por 100 a la sociedad C, residente en España y que cumple la cláusula de cotización en bolsa. La sociedad B, tiene una participación del 40 por 100 en la sociedad C. La sociedad A cumple la cláusula de propiedad porque un 55 por 100 de cada clase de participación pertenece a un residente cualificado (sociedad C). Nótese, no obstante, que la sociedad B tiene una participación en A, del 67 por 100, si computamos su participación directa (45 por 100) y su participación indirecta a través de la sociedad C ($55 \times 40 / 10 = 22$). Esta participación no afecta cuando la cláusula se formula en sentido positivo, porque las participaciones indirectas de residentes no cualificados no se computan.

Esta misma cláusula se formula en sentido negativo en el convenio con Francia (art. 30.1.d.i). Su tenor es el siguiente: "Residentes no cualificados no deben tener, directa o indirectamente, una participación del cincuenta por ciento o superior". Bajo esta redacción, la sociedad A del ejemplo anterior, no cumple la cláusula de propiedad, porque la sociedad B, residente no cualificado, tiene una participación superior al 50 por 100, si computamos su participación directa e indirecta.

La redacción en sentido negativo de esta cláusula materialmente no tiene tantos efectos como podría parecer a primera vista. Siguiendo con el ejemplo, la sociedad A, tendría derecho al convenio, a través del acceso indirecto a la cláusula de cotización en bolsa, habida cuenta que está participada en más de un cincuenta por ciento por una sociedad que cumple la cláusula de cotización en bolsa. Sin embargo, cuando se redacta la cláusula en sentido negativo, aunque sean excepcionales, existen supuestos en los que el sujeto no puede acceder al convenio por ninguna cláusula que otorgue la condición de residente cualificado. En esos casos, si la cláusula se hubiera formulado en sentido positivo, la cláusula de propiedad se cumpliría sin ningún tipo de problemas.

⁶⁹⁸ Aunque el texto del Modelo no lo prevé, la TE del Modelo EEUU introduce la expresión "interés efectivo" (*beneficial interest*). Tendrán derecho a la aplicación del convenio aquella entidad en la que al menos un 50 por 100 de las personas que tienen un "interés efectivo" en la misma, son residentes cualificados. Algunas entidades, como los *trust*, técnicamente no tienen partícipes. Para evitar que queden fuera del convenio, se utiliza este concepto. Aquí habrá que examinar cuál es la proporción de beneficiarios del *trust* que reúnen esa condición. Cfr. párrafo 303 de la TE del Modelo EEUU.

Ejemplo: Las participaciones de la sociedad A, residente en Francia, pertenecen a los siguientes sujetos. Por un lado, seis sociedades (sociedades B) residentes en Francia que son residentes cualificados porque cumplen la cláusula de cotización en bolsa en su modalidad de acceso indirecto. Cada sociedad tiene una participación del 9 por 100. El total asciende al 54 por 100. La sociedad C, residente no cualificado, tiene una participación en A del 46 por 100. A su vez, participa en un 49 por 100 en dos de las sociedades (sociedades B) que acceden al convenio por la modalidad indirecta de la cláusula de cotización en bolsa. Según la formulación positiva, la sociedad A accedería al convenio, porque más del 50 por 100 pertenece a residentes cualificados (sociedades B). Bajo la formulación negativa, no accedería porque más del 50 por 100 pertenece a un residente no cualificado. Nótese que la sociedad C tiene una participación en A superior al 50 por 100 si computamos su participación directa e indirecta (a través de las sociedades B). En este caso la sociedad A no puede acceder al convenio por la cláusula de cotización en bolsa, porque las sociedades que controlan su capital sólo acceden indirectamente a la cláusula de cotización en bolsa.

Por lo tanto, puede afirmarse que *la redacción en sentido positivo es más flexible y facilita el cumplimiento de la cláusula de propiedad*⁶⁹⁹.

B) Porcentaje y participación indirecta

El Modelo EEUU establece que el porcentaje que deben reunir residentes cualificados debe ser, *al menos*, del cincuenta por ciento (formulación positiva)⁷⁰⁰. Por lo tanto, basta con que esos sujetos tengan un cincuenta por ciento. Inexplicablemente, todos los convenios, salvo los celebrados con Dinamarca, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Reino Unido han redactado este requisito en un sentido ligeramente más gravoso. En ellos se dice que “más del cincuenta por ciento deberá pertenecer a residentes cualificados”. Aunque la diferencia es de centésimas –con un porcentaje de 50,1 se cumpliría– la cuestión no es baladí.

Una de las formas habituales de integración empresarial es la *joint venture* o sociedad conjunta. El caso paradigmático de esta figura es el de las sociedades filiales comunes. En su expresión más típica, la filial común es una *sociedad constituida y participada al cincuenta por ciento por dos empresas o grupos de empresas* con el

⁶⁹⁹ Cfr. DE LIGNIE, M., “Limitation...”, *cit.*, p. 72.

⁷⁰⁰ En este sentido, el Modelo sigue la propuesta del ALI, *International Aspects...*, *cit.*, p. 168. En los convenios con Luxemburgo, los Países Bajos y Reino Unido hay que tener en cuenta también las “participaciones privilegiadas”. Su definición y estructura coincide exactamente con la de la cláusula de cotización en bolsa. Por ello nos remitimos a lo dicho en el apartado anterior. El convenio con Irlanda también recoge ese concepto, pero sólo se aplica a la cláusula de cotización en bolsa.

objetivo de desarrollar un fin de interés común⁷⁰¹. Este tipo de sociedades, cuando alguno de los partícipes no sea residente cualificado, no cumplirá la cláusula de propiedad⁷⁰². No obstante, es cierto que siempre se puede corregir el porcentaje de participación que tiene cada empresa, para situarse dentro de la cláusula. Aún así, creemos que es difícil que ello suceda, porque la posición de cada empresa en la *joint venture* se vería seriamente alterada; quién posea más de un cincuenta por ciento tendrá, con toda probabilidad, la mayoría en la Junta General. No parece probable que una de las partes quiera quedarse en minoría por un motivo meramente fiscal.

Por otro lado, el Modelo EEUU computa las participaciones indirectas para alcanzar el porcentaje del cincuenta por ciento. Al igual que sucedía en la cláusula de cotización en bolsa, *todos los sujetos que forman parte de la cadena de propiedad deben ser residentes cualificados*. Este requisito, como veremos a continuación, *no tiene sentido en la cláusula de propiedad* y, por este motivo, acertadamente, sólo algún convenio ha seguido el Modelo EEUU⁷⁰³.

En la cláusula de cotización en bolsa sí tiene sentido exigir que las participaciones indirectas sólo se computen cuando todos los sujetos que forman la cadena de propiedad son residentes cualificados. En esa cláusula, el acceso indirecto a la condición de residente cualificado, pasaba por que una sociedad *que cumplía la cláusula de cotización* en bolsa tuviera un determinado porcentaje, directa o indirectamente, en el capital y los derechos de voto de una sociedad.

En la cláusula de propiedad no tiene sentido exigir este requisito, porque si todos tienen que ser residentes cualificados, no hay por qué computar participación indirecta alguna, simplemente se computará la participación del primero de la cadena, sin necesidad de seguir avanzando -porque justamente lo que tiene es una participación directa-. *En la cláusula de propiedad cualquier residente cualificado*

⁷⁰¹ Cfr. PAZ-ARES, C., "Uniones...", *cit.*, pp. 228 y 229.

⁷⁰² En este sentido, VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, *cit.*, p. 16-24 y ALI, *International Aspects...*, *cit.*, p. 176.

⁷⁰³ El convenio con Dinamarca (art. 22.2.f.i) e Italia (art. 2.2.f.ii del Protocolo). Tal y como está redactado el apartado 8.k del art. 26 del convenio con los Países Bajos, este requisito sólo es exigible para la cláusula de cotización en bolsa, en su modalidad de acceso indirecto. Cfr. DECARLO, J.; GRANWELL, A.; VAN WEEGHEL, S., "An Overview...", *cit.*, p. 276.

vale para cumplir el requisito del cincuenta por ciento. En cambio, en la cláusula de cotización en bolsa sólo “valía” un residente cualificado determinado, el que cumple la cláusula de cotización en bolsa. Por este motivo, no tiene sentido que el Modelo EEUU exija que todos sean residentes cualificados, porque este requisito excluye cualquier posibilidad de que haya participaciones indirectas. El primero que ocupa la cadena de propiedad, si es un residente cualificado, participa directamente, por lo que no tiene sentido seguir avanzando en la cadena.

En suma, exigir el requisito establecido en el Modelo EEUU es absurdo, porque elimina la posibilidad de que existan participaciones indirectas⁷⁰⁴. En los convenios con Dinamarca e Italia no se computará participación indirecta alguna. En el resto, sí podrá computarse. No obstante, en el epígrafe siguiente veremos que, en algún supuesto, el concepto de participación indirecta del Modelo EEUU tiene sentido.

Para determinar cómo se computa la participación indirecta, prescindiendo del requisito del Modelo EEUU, conviene reparar en la redacción del convenio con Irlanda (art. 23.2.c.1). Este convenio establece que se computarán las participaciones indirectas sólo cuando el último que ocupa la cadena de propiedad es un residente cualificado (*provided that such ownership test shall not be satisfied in the case of a chain of ownership unless it is satisfied by the last owners in the chain*)⁷⁰⁵. Técnicamente, la cadena de propiedad sólo llega realmente a su fin cuando hay una persona física que, como parece obvio, no puede estar participada por nadie. También cabría admitir aquellos sujetos, como las fundaciones, que no tienen partícipes. Por lo tanto, no bastaría seguir la cadena de propiedad hasta encontrar un residente cualificado si éste, a su vez, está participado por residentes no cualificados, ya que “no sería el último”.

Tal y como está redactada la norma, el analizar si existe una participación indirecta computable puede ser excesivamente gravoso, especialmente cuando son muchos los pasos que hay que dar hasta llegar a una persona física. Aún así, permite

⁷⁰⁴ De hecho el ALI, *International Aspects...*, cit., pp. 168 y 169, no contempla este requisito.

⁷⁰⁵ Cfr. CROWDUS, W., “Highlights...”, cit., p. 561.

que, en algún supuesto, puedan computarse participaciones indirectas, lo que no ocurre en los convenios que siguen la regla del Modelo EEUU.

El resto de los convenios no hacen alusión alguna acerca de los requisitos que deben cumplir las participaciones indirectas. En nuestra opinión, puede sostenerse que en este supuesto sólo hay que analizar la cadena de propiedad indirecta hasta encontrar un residente cualificado. No habría, como indica el convenio irlandés, que "ir hasta el último".

C) Residentes cualificados

El Modelo EEUU no utiliza el concepto de residente cualificado cuando indica a qué sujetos debe pertenecer el porcentaje de participación del cincuenta por ciento. Según el Modelo, sólo se computan las participaciones que pertenecen a los sujetos que cumplen alguna de las siguientes cláusulas: personas físicas, entes gubernamentales cualificados, cláusula de cotización en bolsa en ambas modalidades, directa e indirecta, entidades sin ánimo de lucro y entidades exentas.

Como se puede comprobar, *el Modelo no menciona la propia cláusula de propiedad y erosión en la base*. Los convenios con Alemania, Austria, Dinamarca, España, Finlandia, Italia, Reino Unido y Suecia siguen la redacción del Modelo. Por el contrario, los convenios Francia, Irlanda, Luxemburgo, los Países Bajos y Portugal computan también las participaciones que pertenecen a sujetos que adquieren la condición de residente cualificado a través de esta cláusula.

Esta diferencia tiene consecuencias importantes. En los convenios que siguen el Modelo EEUU, será más difícil cumplir la cláusula de propiedad⁷⁰⁶.

⁷⁰⁶ La cláusula prevista en el nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002) es incluso más restrictiva que el Modelo EEUU. Esta cláusula no sólo no computa a los residentes que cumplen la cláusula de propiedad y erosión en la base, sino que tampoco tiene en cuenta a los sujetos que acceden al convenio a través de la modalidad indirecta de la cláusula de cotización en bolsa.

Ejemplo: La sociedad A, residente en España está participada en un 60 por 100 por la sociedad B, que reside en España. El resto pertenece a una sociedad residente en Venezuela. La sociedad B cumple la cláusula de propiedad y erosión en la base, porque está participada en un 60 por 100 por una persona física residente en España. Según el Modelo EEUU esta sociedad no cumple la cláusula de propiedad, porque la sociedad B no se computa. Aunque computáramos la participación indirecta que tiene la persona física que controla la sociedad B, tampoco la sociedad A tendría derecho al convenio, porque su participación indirecta en A es inferior al 50 por 100 (es del 36 por 100, $60 \times 60/100 = 36$). Si no se sigue el Modelo EEUU, la sociedad A cumpliría la cláusula, porque esta participada en más de un 50 por 100 por un residente cualificado.

Consideramos que no tiene sentido que se excluya las entidades que cumplen la cláusula de propiedad y erosión en la base. Estas sociedades, por el cumplimiento de estos dos requisitos, ya han demostrado un vínculo fáctico suficiente con el territorio, por lo que también pueden computarse para “cualificar” a otras entidades⁷⁰⁷.

En este sentido, la cláusula de propiedad y erosión en la base, aunque otorga la condición de residente cualificado, no lo hace plenamente, porque no sirve para “cualificar”, a su vez, a otros sujetos⁷⁰⁸. No obstante, la redacción del Modelo EEUU explica el sentido de las participaciones indirectas en esta cláusula.

Como vimos en el apartado anterior, no tenía sentido que se exigiera que todos los componentes de la cadena de propiedad tuvieran que ser residentes cualificados, si justamente basta con ser residente cualificado para que directamente se compute su participación. En el Modelo EEUU, sin embargo, no todos los residentes cualificados se computan, dado que los que cumplen la cláusula de propiedad y erosión en la base no se tienen en cuenta. Por este motivo, sí pueden producirse materialmente participaciones indirectas formadas completamente por residentes cualificados, cuando quiénes ocupan la parte intermedia de la cadena son residentes cualificados en virtud de la cláusula de propiedad y erosión en la base. Al igual que sucedía en la cláusula de cotización en bolsa, no cualquier residente cualificado vale, sino que tiene que ser necesariamente un residente cualificado que acceda al convenio por una cláusula

⁷⁰⁷ Como señala WINANDY, J., “Limitations...”, *cit.*, p. 20, la condición de residente cualificado no sólo sirve para acceder al régimen del convenio, sino también para facilitar a un tercero su acceso, cuando aquél participa en éste.

⁷⁰⁸ Cfr. GOOSSEN, H., “Limiting...”, *cit.*, p. 28.

distinta de la de propiedad y erosión en la base⁷⁰⁹. Aun así, como se deriva del ejemplo expuesto más arriba, la exclusión de estos sujetos dificulta el acceso al convenio.

Este problema no se produce en los convenios que no siguen el Modelo EEUU. No obstante, en estos convenios, como se ha indicado, tampoco tendría sentido un concepto de participación indirecta como el previsto en el Modelo.

El segundo aspecto a tratar en cuanto a los aspectos cualitativos de la cláusula de propiedad, es que la mayoría de los convenios establecen que se computarán también las participaciones de *ciudadanos americanos*.

De acuerdo con las cláusulas de limitación de beneficios, *las personas físicas con nacionalidad americana no tienen la consideración de residentes en el ámbito del convenio si no tienen una presencia sustancial en alguno de los Estados parte*. Cuando no existe ningún vínculo fáctico con EEUU u otro Estado contratante, un ciudadano americano no es residente ni, tampoco, residente cualificado. En suma, *una persona, por el mero hecho de tener nacionalidad estadounidense, no puede solicitar la aplicación del convenio*.

Pues bien, *los ciudadanos americanos, aunque no son residentes cualificados, sus participaciones se computan para determinar el cumplimiento de la cláusula de propiedad en todos los convenios, salvo los celebrados con Dinamarca (art. 22.2.f.1), Italia (art. 2.2.f.i) y Reino Unido (art. 23.2.f)*⁷¹⁰. En este aspecto, los convenios no se apartan materialmente del Modelo EEUU. Es cierto que el Modelo no menciona a los ciudadanos americanos, pero no lo hace porque *el Modelo EEUU no contiene una norma que les niegue la condición de residentes cuando no tienen un vínculo de*

⁷⁰⁹ En el supuesto del nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002), también se excluyen los que cumplen indirectamente la cláusula de cotización en bolsa.

⁷¹⁰ Cfr. RASMUSSEN, M.; BERNHARDT, D., "The Limitation...", *cit.*, p. 144. Los convenios con Francia y los Países Bajos expresamente señalan que son residentes cualificados. En este sentido, aunque no puedan reclamar directamente la aplicación del convenio, porque para esto sigue siendo necesario el requisito de la presencia sustancial, se van a tener en cuenta no sólo para computar la participación de la cláusula de propiedad, sino en cualquier otro supuesto que el convenio se remita al concepto de residente cualificado. Cfr. KAPLAN, P., "Treaty Shopping...", *cit.*, p. 179.

carácter fáctico con ninguno de los Estados parte. De ahí, que no sea necesaria su mención expresa en esta cláusula, porque las personas físicas consideradas residentes, automáticamente son residentes cualificados, según del Modelo EEUU.

La mención de las personas físicas con nacionalidad estadounidense quiebra, en cierta medida, el presupuesto fáctico sobre el que se asienta esta cláusula: la existencia de un vínculo suficiente con el territorio -vínculo que se concreta a través de la residencia de los partícipes de una sociedad-. Lo anterior permite que se aplique el convenio a sociedades cuyos partícipes no tienen conexión material alguna con ninguno de los Estados parte.

Se ha señalado que está justificado que se computen estas personas, dado que no existe peligro alguno de elusión fiscal⁷¹¹. Los ciudadanos americanos están sujetos por la renta mundial en EEUU en virtud de su nacionalidad. Así, por ejemplo, aunque un ciudadano americano constituya una sociedad en los Países Bajos para obtener desde allí los rendimientos obtenidos en EEUU, esos rendimientos tributarán finalmente en EEUU, porque la *saving clause* del convenio autoriza a gravar esos rendimientos en EEUU.

En nuestra opinión, el hecho de que se tenga en cuenta, en todo caso, a los ciudadanos americanos, no se justifica de ninguna manera desde el punto de vista de los presupuestos de las cláusulas de limitación de beneficios. Si bien se mira, con su mención, lo que pretende no es impedir el *treaty shopping* en EEUU, sino *fomentar* el *treaty shopping* de ciudadanos estadounidenses en terceros Estados, para que repatrien sus rendimientos a EEUU con el menor coste fiscal posible. Esto significará una mayor recaudación en EEUU, porque cuanto menor sea el gravamen sufrido en el extranjero, también será menor el coste recaudatorio por la aplicación del método de imputación en el Estado de residencia⁷¹².

⁷¹¹ Cfr., VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, cit., p. 16-40 y JACOB, F., *et al.*, *Handbook...*, cit., p. 31.

⁷¹² Cfr. KAPLAN, P., "Treaty Shopping...", cit., p. 179.

Es habitual que empresas americanas utilicen determinados Estados para canalizar sus inversiones en el exterior. El acceso a los convenios del Estado utilizado no es complicado, porque no suelen tener cláusulas de limitación de beneficios. Posteriormente, la repatriación a EEUU no tendrá ningún problema para cumplir las cláusulas de limitación de beneficios, porque se computan los ciudadanos de nacionalidad americana en la cláusula de propiedad.

Para garantizar la coherencia de las cláusulas de limitación de beneficios, la inclusión de los ciudadanos americanos debe reconsiderarse. Solamente deberían computarse cuando residen efectivamente en alguno de los Estados parte. En este sentido, al igual que sucede cuando un ciudadano americano reclama directamente el convenio, sólo se computarán sus participaciones si tienen una presencia sustancial en alguno de los Estados parte del convenio. Una interpretación contraria daría lugar a situaciones poco coherentes. Por ejemplo, un ciudadano americano residente en Venezuela no puede reclamar la aplicación directa del convenio entre España y EEUU. En cambio, si constituye una sociedad en España puede obtener, indirectamente, su aplicación. Consideramos que este tipo de situaciones no son queridas por los Estados parte o, por lo menos, no por el Estado parte que no es EEUU, especialmente porque aquél es él que ha solicitado la inclusión del precepto que limita el criterio de la nacionalidad.

Para finalizar los aspectos cualitativos de la cláusula de propiedad, abordaremos los convenios que toman en cuenta no solamente a los residentes cualificados, sino también a residentes en la Unión Europea, el Tratado de Libre Comercio de Norte América y el Espacio Económico Europeo⁷¹³. También, como veremos posteriormente, estos residentes se introducen en la cláusula de erosión en la base.

⁷¹³ Respecto al concepto de residente en la UE, TLCAN, o EEE nos remitimos al apartado II.E.3.B de este capítulo. Como señalan ELLIS, M.; FALKE, R., "Limitation-on-Benefits Article from the Dutch Perspective", *TNI*, núm. 27, 1992, p. 1474 *solamente de forma limitada* se toman en consideración elementos referidos a Estados que no forman parte del convenio.

Cuando el texto del convenio materializa “el elemento UE, TLCAN o EEE” siempre introduce una cláusula especial de propiedad y erosión en la base que, aunque sigue las reglas generales anteriormente expuestas, se adecuan al elemento tomado en consideración. Ello sucede en los convenios celebrados por EEUU con Dinamarca, Francia, Irlanda, Luxemburgo, los Países Bajos y Reino Unido. Estos convenios se pueden clasificar de la siguiente manera. En primer lugar, hay que distinguir entre los convenios que incorporan el elemento extraterritorial para aplicar todos los beneficios del convenio y los que sólo lo hacen para determinadas disposiciones.

En el primer grupo se encuentran los convenios con Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo y Reino Unido. No obstante, en los tres casos se establece *una cláusula de beneficios derivados* para los siguientes rendimientos: dividendos, intereses y cánones (en el convenio con Luxemburgo también para el *branch tax*). Esta cláusula se analizará en un apartado posterior (*cfr.* apartado III.C), porque no atribuye la condición de residente cualificado. En una primera aproximación, hay que señalar que condiciona la aplicación del convenio al hecho de que el convenio celebrado entre el Estado de residencia del partícipe y el Estado de la fuente no establezca un régimen más gravoso.

Los convenios con Francia y los Países Bajos formarían el segundo grupo. El cumplimiento de esta cláusula solamente da derecho a la aplicación del convenio respecto a los dividendos, intereses y cánones (también el *branch tax* en el convenio holandés). El convenio holandés, a diferencia del francés, establece una cláusula de beneficios derivados.

Lo más relevante es que estas cláusulas especiales de propiedad y erosión en la base *no otorgan la condición de residente cualificado*. Estas cláusulas solamente dan lugar a residentes no cualificados con derecho a la aplicación total o parcial del convenio. Por este motivo, su estudio se pospone al apartado dedicado a ese tipo de residentes. La referencia en este apartado era, sin embargo, necesaria, porque su estructura es análoga a la cláusula de propiedad y erosión en la base. Sencillamente se trata de una modalidad especial.

D) Periodo de tenencia de la participación

El Modelo EEUU sigue en este aspecto la normativa interna en materia del *branch tax*: *al menos durante la mitad del período impositivo la entidad debe pertenecer a residentes cualificados en los términos ya expuestos*⁷¹⁴. Tal y como está establecido este requisito, no es imprescindible que durante todo el período impositivo se cumpla la cláusula de propiedad, bastará que ello se produzca durante el período de tiempo señalado.

De no establecer ningún período de tiempo determinado, existe la duda acerca de si el contribuyente debe cumplir la cláusula durante todo el ejercicio, un solo día del mismo, en la fecha en que se produce el devengo, o bien cada vez que obtiene rendimientos en el Estado de la fuente.

La última opción es quizás la que mejor se pueda sostener desde el punto de vista del Modelo OCDE. El art. 10 del Modelo OCDE establece dos regímenes en materia de dividendos, según procedan o no de una participación significativa. Los Comentarios (*cfr.* párrafo 16 del art. 10) señalan que deberá atenderse al momento del devengo del impuesto en el Estado de la fuente para determinar si se cumple el porcentaje de participación. Aplicando analógicamente esta regla al supuesto de hecho de esta cláusula, cada vez que el contribuyente obtiene un rendimiento en el Estado de la fuente, habrá que determinar si en la fecha del devengo se cumplían sus requisitos. Esta opción, sin embargo, es la más gravosa, porque obliga a comprobar cada vez que se obtiene el rendimiento el cumplimiento de esta cláusula.

La regla del devengo del impuesto en la fuente es difícilmente practicable, porque normalmente una entidad no sabe hasta el final del período impositivo si cumple esta cláusula. La propia configuración de la cláusula de erosión en la base, no

⁷¹⁴ *Cfr.* VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, *cit.*, p. 16-23. El mismo período de tenencia se prevé en el nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002)

permite conocer hasta el final del período impositivo si la entidad ha destinado más del cincuenta por ciento de los rendimientos íntegros a residentes no cualificados.

En este sentido, sería bastante lógico que el momento para comprobar si se cumple la cláusula se hiciera coincidir con la fecha en la que finaliza el período impositivo del impuesto que grava al contribuyente en el Estado de residencia. Esta fecha coincide, además, con la fecha del devengo del impuesto que recae sobre la sociedad que obtiene los rendimientos, toda vez que los impuestos periódicos, con carácter general, hacen coincidir la fecha del devengo con el último día del período impositivo. Según esta regla, bastará que en la fecha de devengo del impuesto del Estado de residencia se cumpla la cláusula de propiedad.

Esta solución facilita sensiblemente la aplicación de la cláusula, pero también que se produzcan supuestos de elusión. No es difícil imaginar que los contribuyentes lleguen a pactos con residentes cualificados, para transmitir en esa fecha las participaciones, con el fin de cumplir este requisito en la fecha del devengo. Para evitar estas conductas elusivas, en esta materia las normas tributarias suelen establecer un período de tenencia mínimo de la participación, que es lo que hace justamente el Modelo EEUU.

Estos problemas no se plantearían si todos los convenios objeto de estudio hubieran seguido el Modelo EEUU. En la práctica solamente los convenios con Dinamarca, Italia y Reino Unido lo siguen. El resto no establece nada al respecto.

Esta omisión plantea la duda sobre qué criterio debe utilizarse en estos últimos. Cuando EEUU actúe como Estado de la fuente, parece razonable pensar que no exigirá el cumplimiento de un período de participación superior al establecido por su legislación interna. No obstante, es difícil saber cómo se articula este aspecto en el resto de Estados cuando actúan como Estado de la fuente. Respecto al caso español, es probable que se utilice el criterio del devengo del impuesto sobre la renta obtenida por

el no residente. Cada vez que obtenga un no residente un rendimiento, previamente habrá que comprobar si en ese momento se cumplía la cláusula⁷¹⁵.

No debería acudir, en nuestra opinión, a la legislación interna para resolver esta cuestión, porque ello daría lugar, con toda probabilidad, a una aplicación no uniforme del convenio. Debería adoptarse una solución común, que muy bien podría ser la de la legislación de los EEUU. Esta solución es flexible, porque no es necesario tener la participación durante todo el ejercicio o cada vez que se obtienen rentas pero, a su vez, es lo suficientemente estricta como para evitar conductas elusivas. Un período mínimo de tenencia de la participación evita esas situaciones.

D) Referencia a los convenios celebrados por España con Bolivia, Cuba, Irlanda, Israel, Portugal y Rusia

Para finalizar este apartado nos referiremos brevemente a la cláusula de limitación de beneficios contenida en los convenios mencionados en el epígrafe. La cláusula de propiedad aislada, o cláusula de transparencia, en la terminología de la OCDE, es la única cláusula que los convenios españoles, excluido el celebrado con EEUU, han incorporado con cierta habitualidad en los últimos tiempos⁷¹⁶. Su formulación es parecida, por lo que sólo transcribiré la cláusula del convenio con Portugal. El apartado tercero del Protocolo señala:

“En relación con los artículos 10, 11, 12 y 13, las reducciones o exenciones impositivas previstas por el Convenio en lo referente a los dividendos, intereses, cánones y ganancias de

⁷¹⁵ Esta solución es similar a la que se derivaba de aplicar analógicamente la solución prevista en los Comentarios al art. 10 del Modelo OCDE. Por lo tanto, deben trasladarse aquí las críticas realizadas al comentar esta solución.

⁷¹⁶ *Cfr.* CALDERÓN CARRERO, J.M., “Spain Signs Income Tax Treaties with Cuba, Norway and Israel”, *TNI*, núm. 5, 2001, pp. 455 a 460. Estos convenios se han celebrado en los años 1993 (Portugal), 1994 (Irlanda), 1997 (Bolivia), 1998 (Rusia) y 1999 (Cuba e Israel). En el convenio con Cuba se contiene, además, una disposición que no se prevé en ningún otro convenio. Este convenio (art. 9 del Protocolo) autoriza a las autoridades competentes de los Estados parte a que, de común acuerdo, denieguen los beneficios previstos en el convenio, a una determinada persona o a una determinada transacción, cuando consideren “que en determinadas circunstancias el objetivo de dicha persona o transacción sea principalmente el de obtener ventajas de las disposiciones de este Convenio”. Como se puede comprobar, esta cláusula se asemeja a la cláusula general de buena fe, aunque formulada en sentido inverso, esto es, su aplicación motiva la denegación de los beneficios del convenio y no su aplicación. En cierta medida, no se trata más que de una autorización prevista en el convenio con el fin de permitir la denegación de los beneficios del convenio en supuestos de “fraude a la ley”. Para garantizar que esta parte del convenio se aplique de manera uniforme, se supedita su aplicación al hecho de que ambos Estados estén de acuerdo.

capital, no serán aplicables cuando dichas rentas se obtengan en un Estado contratante por una sociedad residente del otro Estado contratante en cuyo capital participen, directa o indirectamente, en más de un 50 por 100, socios no residentes de ese otro Estado. Lo dispuesto en este número no será aplicable cuando dicha sociedad realice en el Estado contratante del que sea residente actividades comerciales o industriales sustantivas, distintas de la simple gestión de valores u otros activos”

Estas disposiciones están basadas en la cláusula de transparencia prevista en los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE⁷¹⁷. La cláusula de transparencia se formula en términos semejantes que la cláusula de propiedad del Modelo EEUU, aunque en su versión negativa (*cfr.* apartado II.F.2.A). No exige, sin embargo, como sucede en el Modelo EEUU, el cumplimiento adicional de la cláusula de erosión en la base. Así, bastará que la sociedad esté participada en más de un cincuenta por ciento por no residentes para denegar la aplicación del convenio.

Esta cláusula no afecta, como en el Modelo EEUU, a todas las disposiciones del convenio que eliminan o reducen la tributación en la fuente. Solamente los dividendos, intereses, cánones y ganancias patrimoniales se encuentran dentro de su ámbito de aplicación.

Estos convenios siguen la recomendación de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (párrafo núm. 14) e incorporan una cláusula de actividad para mantener los beneficios del convenio, a pesar de cumplir la cláusula de transparencia, cuando la entidad que percibe los rendimientos realiza una “actividad empresarial sustantiva en el Estado de residencia”. La cláusula no considera como actividad empresarial, al igual que hace el Modelo EEUU en la cláusula de actividad, “la simple gestión de valores y otros activos”. Al igual que en dicho Modelo, la actividad empresarial tiene que ser “sustantiva”. Sin embargo, no se requiere que los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente estén relacionados, directa o accesoriamente, con la actividad empresarial desarrollada en el Estado de residencia. El significado de los conceptos que utiliza la cláusula de actividad (actividad empresarial,

⁷¹⁷ *Cfr.* RAVENTÓS, S., “El *treaty shopping*...”, *cit.*, p. 71. La cláusula de transparencia se formula en los términos siguientes en los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (párrafo núm. 13): “Una sociedad residente en un Estado contratante no tendrá derecho a las desgravaciones impositivas previstas en el Convenio respecto de cualesquiera rendimientos, ganancias de capital o beneficios, si su propiedad o su control se detenta, directa o a través de una o más sociedades cualquiera que sea su residencia, por personas no residentes de un Estado contratante”.

relación directa o accesoria, etc.) se analizará en el apartado dedicado a la cláusula de actividad.

Por último, respecto a la propia formulación de la cláusula de transparencia, aunque es sencilla en apariencia, plantea bastantes problemas de aplicación. Algunos de ellos los hemos visto ya: qué se entiende por participación indirecta, período de tenencia de la participación, concepto de actividad empresarial, etc. Los convenios con EEUU pueden servir para aclarar algunos aspectos de esta cláusula.

II.F.3.- La cláusula de erosión en la base

Esta cláusula sirve para evitar que las estructuras *stepping stone* se beneficien del convenio⁷¹⁸. El rendimiento obtenido en la fuente se transfiere a un tercer Estado facturando un gasto a la sociedad intermedia. Este sistema permite, a su vez, que el rendimiento obtenido en la fuente no tribute, o lo haga mínimamente, en el Estado de residencia de la sociedad intermedia.

Para impedir que este tipo de estructuras se beneficie del convenio, la norma examina la base imponible de la entidad. Cuando un porcentaje significativo de los ingresos percibidos se aplican a atender obligaciones facturadas por residentes no cualificados, se deniega la aplicación del convenio. En este sentido, la norma parte de la "presunción" de que por encima de un determinado nivel de gastos facturados por no residentes, la sociedad deja de tener un vínculo suficiente con el Estado de residencia, porque indirectamente la mayoría de las rentas obtenidas se transfieren a sujetos que no son residentes cualificados⁷¹⁹. Por lo tanto, para cumplir esta cláusula y que el convenio se aplique, el contribuyente no debe erosionar su base imponible.

⁷¹⁸ Cfr. DAHLBERG, M., "New Tax Treaty Between Sweden and the US Raises Questions about Treaty-Shopping", *Intertax*, núm. 8/9, 1997, p. 296.

⁷¹⁹ Con ello, siguiendo a MARÍN-BARNUEVO FABO, D., *Presunciones...*, cit., p. 169, no queremos decir que la norma establezca una regla de presunción, sino que simplemente su configuración ha sido resultado de un juicio presuntivo. En este tipo de normas, aunque esté latente la presencia de un juicio presuntivo, éste se ha limitado a actuar como ratio de una norma, como motivo lógico que ha inducido al legislador a imponer una cierta disciplina de derecho sustancial.

Según el Modelo EEUU, para cumplir la cláusula de erosión en la base, “menos del cincuenta por ciento de los rendimientos íntegros obtenidos en el ejercicio, deben destinarse, directa o indirectamente, a personas que no residen en ninguno de los Estados parte del convenio (a no ser que se atribuya a un establecimiento permanente situado en cualquiera de los dos Estados), en forma de pagos que sean deducibles fiscalmente en el Estado de residencia del pagador”⁷²⁰.

La cláusula aislada de propiedad y erosión en la base prevista en los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE no ha seguido la cláusula en esta materia prevista en el Modelo EEUU. No obstante, la cláusula prevista en el nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002), sigue, prácticamente en su integridad, a la del Modelo EEUU. La cláusula aislada de los Comentarios al Modelo OCDE requiere una correlación entre el rendimiento obtenido en el Estado en la fuente y las sumas destinadas a satisfacer obligaciones con residentes en Estados terceros. Por lo tanto, aunque establece un porcentaje similar, éste no se aplica sobre el conjunto de los rendimientos íntegros obtenidos por la sociedad, sino exclusivamente sobre los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente. Igualmente, la norma sólo tiene en consideración los pagos realizados a no residentes con los que se encuentra vinculada la sociedad⁷²¹.

Aquí sólo se analizarán los problemas que plantea el régimen jurídico de la cláusula en el Modelo EEUU y los convenios objeto de estudio, a través de los diferentes elementos que la componen: concepto de rendimiento bruto, destinatarios de los rendimientos y el concepto de gasto deducible.

⁷²⁰ El convenio con España no menciona un porcentaje determinado. Sólo indica que los rendimientos brutos no se utilicen “substantialmente” (*substantial*), directa o indirectamente, para atender obligaciones contraídas con residentes no cualificados. Como constata la TE del convenio con España, cuando se utiliza este término se está haciendo mención al requisito del cincuenta por ciento. No obstante, también bajo este concepto, añade la TE, que “en determinadas circunstancias un porcentaje menor de la renta puede ser considerado *substantial*”. Cfr. CAVESTANY MANZANEDO, M.A., “El artículo...”, *cit.*, p. 6.

⁷²¹ Cfr. CAVESTANY MANZANEDO, M.A., “El *treaty shopping*...”, *cit.*, p. 103. En los convenios objeto de estudio podemos encontrar un supuesto análogo al previsto en el Modelo OCDE. En el apartado anterior describimos la cláusula especial de erosión en la base que se aplica en el convenio holandés para el acceso indirecto a la cláusula de cotización en bolsa (cláusula de la sociedad conductora). Aunque no se formula en términos idénticos, porque la comparación es rendimiento por rendimiento, sí existe correlación entre los rendimientos obtenidos en la fuente y los pagados a residentes en terceros Estados.

A) Ingresos computables: concepto de rendimiento bruto

Según el Modelo, para cumplir esta cláusula la entidad no debe destinar a residentes en Estados que no forman parte el convenio, en forma de pagos que generen un gasto deducible en la base imponible, más del cincuenta por ciento del rendimiento bruto del ejercicio⁷²². El Modelo EEUU no define el significado de este concepto.

Si el Modelo no prevé una definición de ese concepto, y no puede derivarse la misma tampoco de su contexto, habría que acudir a la legislación interna del Estado que aplica el convenio para determinar su significado (art. 3.2 Modelo EEUU y OCDE)⁷²³. Como ocurría con otros conceptos no definidos por el convenio, la remisión al Derecho nacional puede perjudicar la aplicación uniforme del convenio, cuando cada legislación prevé una solución distinta. Un concepto autónomo en esta materia eliminaría los problemas que genera la remisión al Derecho nacional. La elaboración del concepto puede realizarse a partir de los convenios que sí lo definen⁷²⁴.

Los convenios con España, Bélgica y Reino Unido definen el concepto de rendimiento bruto. *Estos convenios han recogido básicamente la definición de la legislación americana*. Tomando como ejemplo el convenio con España, el concepto de rendimiento bruto se define en los términos siguientes:

“La expresión «rentas brutas» significa los ingresos íntegros o cuando se trate de una Empresa dedicada a una actividad empresarial que incluya la fabricación o producción de bienes, los ingresos íntegros con deducción de los costes directos de trabajo y de materiales que sean imputables a dicha fabricación o producción y se paguen o deban de pagarse con cargo a dichos ingresos”

⁷²² Nótese que el Modelo no utiliza el concepto de residente cualificado, sino simplemente se refiere a sujetos que no sean residentes en Estados parte del convenio. Sobre ello volveré en un epígrafe posterior.

⁷²³ Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 178.

⁷²⁴ Cfr. CHICA, J.; JOHNSON, “The New...”, cit., p. 1514.

La definición coincide con el rendimiento íntegro obtenido, salvo cuando la actividad de la entidad es la fabricación o producción de bienes. En este caso, el sujeto puede deducir los costes directos de fabricación. Para concretar cuáles son esas partidas, puede resultar muy útil acudir a los principios de la contabilidad de costes, ya que esos conceptos están tomados de ahí⁷²⁵.

Cuanto mayor sea el volumen de gastos deducibles, menor será también el volumen de pagos que podrán destinarse a residentes no cualificados, porque el cómputo de esos costes reduce la cuantía del rendimiento bruto. El porcentaje del cincuenta por ciento se aplica sobre el rendimiento bruto, por lo tanto, cuanto menor sea éste, menor será también el volumen de pagos amparados por esta regla. Es probable que al propio contribuyente le interese interpretar restrictivamente la aplicación de estos gastos deducibles, para facilitar el acceso al convenio.

En principio, *el rendimiento bruto que hay que computar para determinar si se cumple la cláusula es el obtenido en el propio ejercicio*. Esto, como hemos visto antes, retrasa el conocimiento del cumplimiento de la cláusula al final del ejercicio.

Los convenios con Francia, Dinamarca y los Países Bajos contemplan una regla especial que elimina ese inconveniente. Esta regla adelanta materialmente el momento en el que el contribuyente conoce si cumple la cláusula. *El contribuyente tomará la mayor de las magnitudes siguientes: el rendimiento bruto del ejercicio anterior o la media de los cuatro anteriores*. Según esta regla, desde el primer día del período impositivo se conoce cuál es el volumen de gastos deducibles al que pueden ascender las transacciones con residentes no cualificados⁷²⁶. Esta regla, en nuestra opinión, lo que permite saber realmente es cuándo se incumple la regla y no cuándo se cumple. *Nótese que aunque se toman los ingresos de ejercicios anteriores, los gastos con los que se compara la anterior magnitud vienen referidos a los del ejercicio presente*. Por lo tanto, hasta que no finalice el período impositivo puede seguir

⁷²⁵ Cfr. STRAUCH, B., *Limitation...*, cit., p. 63. La TE del convenio con Austria, a pesar de que este convenio no define el concepto, aclara qué partidas se incluyen en el concepto de costes directos.

⁷²⁶ Cfr. MORRISON, P.; BENNETT, M., "The New U.S.-Netherlands Treaty: Part I...", cit., p. 337, SPECTOR, P., "Limitations...", cit., p. 165 y WINANDY, J., "Limitations...", cit., p. 21.

generándose gastos deducibles para la entidad. En cuanto esos gastos superen ese porcentaje, una entidad sabe que está fuera de la cláusula. *Sensu contrario*, hasta que no finalice el período impositivo no se tiene la certeza sobre si se cumple la cláusula, dado que mientras no finalice todavía existe la posibilidad de que se sigan produciendo gastos por encima de los autorizados. Aun así, es verdad que, por lo menos, esta norma otorga un grado de certeza mayor, porque permite saber cuándo se produce el incumplimiento.

B) Sujetos a los que se destinan los pagos: residentes cualificados

El Modelo EEUU no utiliza en la cláusula de erosión en la base el concepto de residente cualificado, ni tampoco exige que los beneficiarios de los pagos sean las mismas personas que se mencionan en la cláusula de propiedad. La cláusula de propiedad mencionaba todas las cláusulas que otorgan la condición de residente cualificado, salvo la propia cláusula de propiedad y erosión en la base. Conforme al Modelo EEUU, por lo que respecta a la cláusula de erosión en la base, *basta que los beneficiarios de los pagos sean residentes en alguno de los Estados parte del convenio o un establecimiento permanente situado en alguno de esos Estados para determinar si se cumple esta cláusula.*

La mayoría de los convenios, salvo los celebrados con Dinamarca (art. 22.2.f.ii) e Italia (art. 2.2.f.ii del Protocolo), *no* han seguido el Modelo EEUU. En los convenios que no siguen el Modelo EEUU, la cláusula de erosión en la base se formula en términos similares a la cláusula de propiedad. Para saber si una sociedad no ha erosionado su base imponible hay que determinar si no ha destinado más del cincuenta por ciento de los rendimientos brutos a atender pagos, que constituyan gasto deducible, cuyos beneficiarios sean sujetos que no tienen la condición de residentes cualificados. Por lo tanto, cualquier pago realizado a un residente no cualificado se computará para determinar si se ha superado el porcentaje del cincuenta por ciento. Los convenios que siguen el Modelo EEUU no siguen esta lógica. La cláusula de erosión en la base sólo requiere que no se hayan destinado más del cincuenta por ciento de los ingresos brutos a atender pagos cuyos beneficiarios sean personas que no

residan en alguno de los Estados parte del convenio, o bien un establecimiento permanente situado en algunos de esos Estados. *Como se puede apreciar el Modelo EEUU es más flexible, porque no exige que el receptor de los pagos sea un residente cualificado.* Basta con que los beneficiarios residan en cualquiera de los Estados parte del convenio o se trate de un establecimiento permanente⁷²⁷. En este sentido, hay que advertir la discordancia que se produce entre la cláusula de propiedad y erosión en la base del Modelo EEUU, y en los convenios que lo siguen (Dinamarca e Italia). En la cláusula de propiedad se requiere que los partícipes sean residentes cualificados. Por el contrario, la cláusula de erosión en la base no exige que los beneficiarios de los pagos sean residentes cualificados –basta que los beneficiarios residan en un Estado parte⁷²⁸. *Esta discordancia no se produce en los convenios que no siguen el Modelo EEUU. En ambas cláusulas los partícipes y los beneficiarios de los pagos deben ser residentes cualificados.*

El único supuesto en el que la cláusula de erosión de la base de los convenios que *no* siguen el Modelo EEUU no exige que los beneficiarios sean residentes cualificados, se refiere a los casos en los que se toman en cuenta los pagos realizados a residentes en Estados miembros de la Unión Europea, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el Espacio Económico Europeo. Al igual que sucedía en la cláusula de propiedad, cuando se computan, además de los residentes cualificados, los beneficiarios residentes UE, TLCAN y EEE, el sujeto accede, total o parcialmente al convenio, *pero sin adquirir la condición de residente cualificado.* Ello sucede en los convenios con Dinamarca, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos y Reino Unido. En éstos supuestos, salvo en los convenios con Francia y los Países Bajos, la cláusula de erosión en la base no sufre variación alguna en su estructura. El único aspecto particular de esta cláusula consiste en que para calcular el porcentaje del cincuenta por ciento, se tomarán en cuenta los pagos realizados a residentes cualificados y a residentes UE, TLCAN y EEE.

⁷²⁷ Como se puede apreciar, no todas las personas que residen en un Estado parte del convenio tienen que ser tener, a su vez, la condición de residentes cualificados.

⁷²⁸ La cláusula prevista en el nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002) se desvía del Modelo EEUU en el mismo sentido que los convenios con Dinamarca e Italia.

La cláusula de erosión en la base en los convenios con Francia y los Países Bajos se estructura de la siguiente manera. Es importante poner de relieve que en el convenio con los Países Bajos solamente se aplica este supuesto cuando la sociedad que reclama la aplicación del convenio reside en los Países Bajos⁷²⁹. Cuando se trata de una sociedad residente en EEUU, solamente se puede aplicar la regla general⁷³⁰.

En primer lugar, para que se verifique el cumplimiento de la cláusula especial de erosión en la base, menos del setenta por ciento de los ingresos brutos de la entidad deben haberse destinado a atender, directa o indirectamente, pagos que constituyan gasto deducible de la base imponible, a sujetos que no tengan la consideración de residentes cualificados.

En segundo lugar, menos del treinta por ciento de los ingresos brutos de la entidad deben haberse destinado a atender pagos, que tengan la consideración de gasto deducible de la base imponible, a favor de personas que no tengan la consideración de residentes cualificados o residentes de la Unión Europea.

Como puede comprobarse, esta cláusula especial de erosión en la base facilita el cumplimiento de la cláusula de erosión. Bastará con que al menos el treinta por ciento de los ingresos íntegros se destinen a atender pagos pertenecientes a residentes cualificados y un cuarenta por ciento a residentes en la Unión Europea⁷³¹.

En suma, esta modalidad reduce al treinta por ciento las rentas que deben destinarse a residentes cualificados, siempre que al menos el cuarenta por ciento siguiente caiga en manos de residentes de la Unión Europea⁷³². Esta cláusula, por lo tanto, amplía el círculo con el que la sociedad y sus rendimientos deben guardar un

⁷²⁹ Cfr. VAN BRUNSCHOT, F.; VAN WEEGHEL, S., "Netherlands-United States: The New Tax Convention", *ET*, num. 6/7, 1993, p. 204.

⁷³⁰ El texto del convenio francés regula conjuntamente el test general y el especial. Como ha señalado la doctrina, basta con cumplir alguno de los dos. La versión comunitaria de la cláusula sólo pretende facilitar la obtención de los beneficios del convenio, por lo que constituye siempre una alternativa. Lo mismo sucede en el convenio con los Países Bajos. Cfr. SPECTOR, P.; SALOU, S., "The New...", *cit.*, p. 99 y SCHINABECK, M., "The Limitation...", *cit.*, p. 32.

⁷³¹ Cfr. SPECTOR, P., "Limitations...", *cit.*, p. 165.

⁷³² Cfr. BERMAN, D.; HYNES, J., "Limitation...", *cit.*, p. 700.

vínculo de carácter fáctico. Lo que no elimina esta cláusula es el requisito de que la entidad que reclama el convenio destine un determinado porcentaje de los pagos realizados a residentes cualificados.

Hay que resaltar un aspecto peculiar que se produce en estos dos convenios. Como hemos señalado, con carácter general, cuando la cláusula de propiedad y erosión en la base toman en cuenta a residentes UE, TLCAN y EEE, no se adquiere la condición de residente cualificado. Ello es verdad también en los convenios con Francia y los Países Bajos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la cláusula de erosión especial de estos convenios, sí es aplicable para adquirir la condición de residente cualificado. Este aspecto especial sólo se materializa en cuanto a la cláusula de erosión en la base, pero no con respecto a la cláusula de propiedad. En este sentido, en los convenios con Francia y los Países Bajos, la cláusula de propiedad permanece invariable para adquirir la condición de residente cualificado, pero permite tener en cuenta, también, residentes UE, en los términos expuestos, en la cláusula de erosión de la base.

C) Concepto de gastos deducibles

Para determinar si una sociedad ha destinado más del cincuenta por ciento de sus rendimientos brutos a atender *pagos* cuyos beneficiarios son residentes no cualificados, el Modelo indica que sólo se computan aquellos pagos que *sean deducibles* en la base imponible. Cualquier pago que tenga esos destinatarios, si no es deducible, no se tomará en cuenta –por ejemplo, el pago de un dividendo–.

El Modelo EEUU no ha restringido su aplicación a los intereses y cánones, a pesar de que las estructuras *treaty shopping*, y en particular la estructura *stepping stone*, se realizan principalmente con este tipo de rendimientos.

En las contadas ocasiones en las que un convenio expresamente sólo se ha referido a este tipo de rendimientos, por ejemplo en el convenio entre EEUU y Bélgica, el Senado de los EEUU, órgano competente para la ratificación de tratados

internacionales, se ha manifestado en contra de la extensión limitada de esta cláusula. En opinión de este órgano, si sólo se aplica a intereses y cánones, la cláusula de erosión en la base resultaría insuficiente para alcanzar su objetivo. Por este motivo, por lo menos en los convenios celebrados por EEUU, la cláusula no se restringe a ese tipo de rendimientos⁷³³.

Esta es precisamente la conclusión que se extrae del Modelo EEUU. *La cláusula de erosión en la base comprende todos los pagos que se realicen a residentes no cualificados, cuando constituyan gasto deducible en la base imponible de la sociedad pagadora.*

Para determinar qué pagos son deducibles o no, la remisión a la legislación del Estado de residencia es imprescindible. La base imponible de la sociedad que percibe los rendimientos se calcula de acuerdo con la legislación del Estado de residencia. Esta normativa, como parece lógico, establece cuándo es posible la deducción de los gastos facturados por residentes en terceros Estados o residentes no cualificados⁷³⁴. Por lo tanto, el Estado de la fuente debe acudir a la legislación del Estado de residencia para comprobar este extremo⁷³⁵.

La TE del Modelo EEUU (párrafo 304) recoge algunas aclaraciones sobre los pagos que caen bajo el ámbito de aplicación de la norma. Allí se indica que no están incluidas las deducciones practicadas en concepto de amortización, porque en estos casos no se produce un pago. En nuestra opinión, en este punto la TE parte de un error. En el momento en que se adquiere un bien que se integra en el inmovilizado de una empresa, salvo que se trate de una donación, se produce materialmente un pago. Otra cosa es que, como consecuencia del tratamiento contable y tributario de este tipo de bienes, su coste no se deduce íntegramente en el ejercicio de adquisición, sino que se reparte en función del período de vida útil del bien. La deducibilidad del gasto se produce, en consecuencia, en varios ejercicios. Por este motivo, consideramos que no

⁷³³ Cfr. BENNETT, M., "The U.S.-Netherlands Tax Treaty Negotiations: A U.S. Perspective", *BIFD*, núm. 1, 1991, p. 7.

⁷³⁴ Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 235.

⁷³⁵ Por este motivo, por ejemplo, si los intereses pagados no son deducibles en aplicación de una norma interna sobre subcapitalización, no se tomarán en cuenta.

existe ninguna razón, tal y como está redactada la cláusula, para excluir estos supuestos si el beneficiario del pago es un residente no cualificado⁷³⁶.

No obstante, la exclusión de las deducciones practicadas en concepto de amortización puede estar justificada por otros motivos. Parece razonable pensar que las operaciones que realiza una entidad consistentes en la adquisición de bienes que se integran en el inmovilizado responden a motivos económicos válidos. Por consiguiente, si esas operaciones responden a dichos motivos, no deberían incluirse entre los gastos que se computan para calcular el porcentaje previsto en el convenio⁷³⁷. Ese es, en nuestra opinión, el fundamento que subyace a la afirmación de la TE.

Justamente, para impedir que estos “pagos legítimos” resulten afectados por la norma, algunos convenios han previsto determinadas transacciones sobre las que la norma no incidirá. Como se puede observar, la lógica de estas exclusiones es similar a los presupuestos generales sobre los que se asientan las cláusulas de limitación de beneficios.

Los convenios con Dinamarca, Francia, los Países Bajos y Reino Unido excluyen los gastos realizados para la adquisición o cesión de uso de bienes materiales destinados al desarrollo de la actividad empresarial y por los servicios recibidos cuando estén destinados a la actividad empresarial del sujeto y se hayan prestado en el Estado de residencia del pagador. En ambos casos, las sumas facturadas por la entrega de bienes o las prestaciones de servicios deben ajustarse al principio de independencia (*at arm's length*)⁷³⁸.

El convenio con Irlanda contempla también estos dos supuestos, pero sin exigir que estén vinculados los bienes adquiridos o los servicios recibidos a la realización de una actividad empresarial⁷³⁹. Es más, no es necesario que la sociedad pagadora realice

⁷³⁶ Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 235, nota 77.

⁷³⁷ Cfr. VAN BRUNSCHOT, F.; VAN WEEGHEL, S., “Netherlands...”, cit. p. 204.

⁷³⁸ También el nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002) contempla este supuesto.

⁷³⁹ Respecto a los servicios, tampoco requiere el convenio que se hayan prestado en el Estado de residencia del pagador. Cfr. apartado 2.(ii).b del art. 23 del convenio con Irlanda.

actividad empresarial alguna. Igualmente, tampoco exige que los servicios en el mismo Estado de la sociedad pagadora⁷⁴⁰. La ausencia de estos dos requisitos amplía significativamente la posibilidad de gastos deducibles que se excluyen del cómputo⁷⁴¹.

Por último, los convenios con Irlanda y Reino Unido introducen un nuevo supuesto de "gasto fiscal excluido" *no previsto en ninguno de los convenios anteriores*. Al igual que en el caso anterior, se flexibiliza significativamente esta cláusula de erosión en la base. No se computarán los pagos realizados por operaciones de crédito a entidades bancarias residentes en Estados terceros, siempre y cuando esos pagos sean atribuibles a un establecimiento permanente de la entidad bancaria situado en alguno de los Estados parte⁷⁴².

Aunque estos convenios sean los únicos que prevén esta excepción, tampoco supone una verdadera novedad, porque el Modelo EEUU, y los convenios con Dinamarca e Italia, que siguen el Modelo, excluyen los pagos atribuibles a establecimientos permanentes situados en cualquiera de los Estados parte del convenio. Los convenios con Irlanda y Reino Unido sólo contemplan una modalidad restringida –sólo establecimientos permanentes de entidades bancarias– de la cláusula del Modelo EEUU⁷⁴³.

⁷⁴⁰ Cfr. apartado 2.(ii).b del art. 23 del convenio con Irlanda.

⁷⁴¹ Cfr. WALSCH, M., "An Irish View of the New U.S.-Ireland Tax Treaty", *TNI*, núm. 5, 1997, p. 327 y CUNNINGHAM, W., "Article 23...", *cit.*, p. 549. El convenio con Luxemburgo se expresa en los mismo términos que el francés pero, al igual que el irlandés, no es necesario que los servicios se presten en el mismo Estado de la sociedad pagadora. SHAFFNER, J., "Highlights...", *cit.*, p. 166, se plantea si entre el concepto de servicios puede introducirse los servicios financieros. En su opinión hay que distinguir los servicios financieros de carácter activo, con los que tienen un mero carácter pasivo. En este sentido, no debería incluirse en el cómputo los gastos de financiación pagados a un residente no cualificado para la adquisición de un elemento patrimonial necesario para el desarrollo de la actividad empresarial.

⁷⁴² La particularidad reside en el hecho de excluir del cómputo pagos realizados a entidades bancarias residentes en Estados terceros. Si se trata de una entidad bancaria residente en Irlanda o EEUU, también estaría excluido del cómputo, toda vez que solamente se tienen en cuenta los pagos que tengan carácter deducible a entidades que no cumplan ninguna de las cláusulas de limitación de beneficios previstas en el convenio. Las entidades bancarias, con carácter general, accederán al mismo en virtud de la cláusula de actividad, porque su actividad es una actividad empresarial a los efectos del convenio. En otros casos, también podrán acceder al convenio en virtud de la cláusula de cotización en bolsa.

⁷⁴³ También el nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002) contempla este supuesto.

La justificación de esta exclusión podría encontrarse en el hecho de que el establecimiento permanente está sujeto por la renta mundial obtenida en el Estado parte del convenio en el que está situado. Por lo tanto, los rendimientos que percibe de la entidad que solicita el acceso al convenio a través de la cláusula de propiedad y erosión en la base tributarán en el Estado parte en el que está ubicado. No obstante, lo anterior no impide que el propio establecimiento permanente “redirija” esas rentas hacia otro Estado a través de una estructura *stepping stone*. El establecimiento permanente también puede erosionar su base imponible con respecto a esos rendimientos.

Desde el punto de vista de los presupuestos de las cláusulas de limitación de beneficios, los beneficios del convenio se otorgan a quienes tengan un vínculo suficiente o bien un motivo económico válido para obtener el rendimiento desde el Estado de residencia. Tal y como concreta estos dos aspectos el Modelo EEUU y los convenios, consideramos que esta exclusión no está justificada con base en el primer presupuesto que subyace a estas cláusulas. En primer lugar, el establecimiento permanente no tiene un vínculo suficiente, en el sentido formulado por las cláusulas de limitación de beneficios, con ninguno de los Estados parte del convenio. Nótese que el establecimiento permanente no es un residente cualificado. Además, en estos casos el Modelo y los convenios mencionados se están refiriendo a un establecimiento permanente que pertenece a un sujeto que reside en un Estado distinto al de los Estados parte del convenio. El hecho de que el establecimiento permanente esté sujeto a tributación por la renta mundial obtenida tampoco crea, por sí mismo, un vínculo suficiente respecto a los rendimientos que se le atribuyen. Téngase en cuenta que dicho establecimiento puede erosionar su base imponible respecto a los rendimientos percibidos.

Esta exclusión tampoco puede justificarse en base a la existencia de motivos económicos válidos. En primer lugar, hay que destacar que esta cláusula no atiende a este criterio, sino fundamentalmente al hecho de que exista un vínculo suficiente. En segundo lugar, cuando se incorpora la justificación consistente en la existencia de motivos económicos válidos, se requiere, como sucede en la cláusula de actividad, que

se realice una actividad empresarial. Esta exclusión en el Modelo EEUU no establece ningún requisito al respecto. Es indiferente el hecho de que el establecimiento realice o no una actividad empresarial. No obstante, en los convenios con Irlanda y Reino Unido ese requisito sí se establece, habida cuenta que el establecimiento permanente debe realizar una actividad bancaria. Por lo tanto, en virtud de lo expuesto, consideramos que esta exclusión solamente está justificada en los convenios con Irlanda y Reino Unido, porque se vincula a uno de los presupuestos sobre los que se asientan las cláusulas de limitación de beneficios. No estaría justificada, por el contrario, en el Modelo EEUU, porque no incorpora ninguno de esos dos presupuestos.

II.F.4.- Consideración final

Del análisis de esta cláusula se puede extraer que limita su aplicación a las sociedades participadas mayoritariamente por residentes de alguno de los Estados parte. De igual modo, limita el volumen de transacciones con no residentes cuando generan gastos deducibles para la entidad. La cláusula, salvo en ocasiones (concepto de rendimiento íntegro, gastos deducibles computables, etc.) no examina cuál es la actividad del sujeto que reclama la aplicación del convenio.

Dada la rigidez de sus requisitos, es probable que en muchas ocasiones una entidad que realiza una actividad perfectamente legítima quede excluida. Bien porque pertenece fundamentalmente a no residentes o porque sus operaciones con residentes en Estados terceros alcanzan un volumen muy importante en determinados ejercicios⁷⁴⁴. De hecho, *la cláusula puede dar lugar a que un mismo sujeto se encuentre dentro o fuera de la misma, según del ejercicio del que se trate*. Las sociedades que no cotizan, si no cumplen esta cláusula, están avocadas a acceder al convenio en virtud de la cláusula de actividad o bien solicitando a la Administración la aplicación del convenio (cláusula general de buena fe). Nótese que, en ninguno de estos dos casos, tendría la consideración de residente cualificado, con las consecuencias que ello acarrea. Su posición tampoco es la más favorable, porque

⁷⁴⁴ Cfr. DEBATIN, H.; ENDRES, D., *Das neue...*, cit., p. 469.

deberán comprobar individualizadamente si cada rendimiento que obtienen cumple la cláusula de actividad o estar a expensas de recibir una autorización administrativa que puede ser negativa.

II.F.5.- Cuadro

En el cuadro siguiente se sistematiza la configuración de esta cláusula en los distintos convenios analizados:

| <i>Cláusula de propiedad</i> | |
|---|--|
| CDIs que redactan esta cláusula en sentido negativo | Convenio con Francia |
| CDIs que redactan esta cláusula en sentido positivo | Convenios con Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia |
| CDIs que tienen en cuenta residentes UE, TLCAN y EEE | CDIs con Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo y Reino Unido (aunque solamente para rendimientos <i>distintos</i> de los dividendos, intereses, cánones y <i>branch tax</i>) |
| Cuando se tienen en cuenta los partícipes residentes en estos Estados el sujeto <i>no adquiere la condición de residente cualificado</i> | Convenio con Francia (aunque solamente para los dividendos, intereses, cánones) |
| <i>Cláusula de erosión en la base</i> | |
| Convenios que establecen una cláusula especial de erosión en la base cuando se computan residentes en la UE (30 por 100 residentes cualificados y 40 por 100 residentes UE) <i>para acceder a la condición de residente cualificado</i> | CDIs con Francia y los Países Bajos |

III.- Residentes no cualificados pero con derecho a la aplicación general o parcial del convenio

III.A.- La cláusula de actividad

III.A.1.- Aspectos generales

Las cláusulas analizadas en los apartados anteriores están formuladas en atención a las características del sujeto y no a la naturaleza de la *actividad* que realiza⁷⁴⁵. En la cláusula de cotización en bolsa y de propiedad y erosión en la base no era necesario que el contribuyente realizase actividad económica alguna.

Los criterios utilizados eran, fundamentalmente, la cotización de la sociedad, la residencia de los partícipes y la residencia de los beneficiarios de los pagos

⁷⁴⁵ Una excepción es el caso de las entidades sin ánimo de lucro (*cfr.* el apartado III.C de este capítulo).

efectuados por la entidad que reclama la aplicación del convenio. Cuando concurren estos criterios, las cláusulas de limitación de beneficios “presumen” que existe un vínculo suficiente con alguno de los Estados parte del convenio⁷⁴⁶.

Las entidades participadas mayoritariamente por residentes en Estados terceros o, en su caso, cuyas transacciones se produzcan fundamentalmente con residentes en Estados terceros, raramente podrán cumplir las cláusulas anteriores y, en particular, la cláusula de propiedad y erosión en la base⁷⁴⁷. Estas normas, por lo tanto, reducen significativamente el ámbito subjetivo de los convenios de doble imposición.

Pues bien, como señalan los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE, cuando se considere la introducción de cláusulas de limitación de beneficios en el convenio, *deberá* tenerse en cuenta “la medida en que las actividades económicas legítimas (*bona fide*) puedan de forma no intencionada verse afectadas por dichas disposiciones”⁷⁴⁸.

La cláusula de cotización en bolsa y la cláusula de propiedad y erosión en la base no contemplan ese parámetro: *la realización de actividades económicas legítimas*. Como consecuencia de ello, *es posible que una entidad que realiza una actividad empresarial efectiva no tenga derecho a la aplicación del convenio*, en los casos en que no cumpla ninguna de esas dos cláusulas.

La cláusula de actividad introduce un criterio distinto, con el fin de impedir que aquellos sujetos que realizan una actividad económica legítima no puedan beneficiarse del convenio⁷⁴⁹. En esta cláusula se examina la naturaleza de la *actividad*

⁷⁴⁶ Estas cláusulas, como ya hemos señalado, se caracterizan porque su configuración parte de un juicio presuntivo. Cfr. MARÍN-BARNUEVO FABO, D., *Presunciones...*, cit., p. 169.

⁷⁴⁷ Cfr. RIVIER, J., “Le recours...”, cit., p. 306.

⁷⁴⁸ Todas las cláusulas de limitación de beneficios propuestas por la OCDE siempre tienen como complemento final una cláusula de actividad, que examina si la entidad que reclama la aplicación del convenio realiza una actividad empresarial.

⁷⁴⁹ Cfr. TROUP, E., “Of Limited Benefit: Article of the new U.S./Netherlands Double Tax Treaty considered”, *BTR*, núm. 2, 1993, p. 100.

*que realiza el sujeto y la conexión existente entre dicha actividad y la renta obtenida en el Estado de la fuente*⁷⁵⁰.

Como vimos en el capítulo segundo, los presupuestos sobre los que basculaban las cláusulas de limitación de beneficios eran la existencia de un vínculo suficiente con el Estado de residencia y *la existencia de un motivo económico válido que justifique la obtención del rendimiento desde el Estado de residencia*.

La cláusula de actividad se inserta en el segundo presupuesto. Esta norma contempla dos requisitos: la sociedad debe realizar una actividad empresarial sustantiva en el Estado de residencia y el rendimiento obtenido en el Estado de la fuente debe guardar una relación directa, o accesoria, con esa actividad empresarial⁷⁵¹.

Puede afirmarse que quien desarrolla una actividad empresarial en el Estado de residencia mantiene un vínculo suficiente con ese Estado. Desde este punto de vista, la realización de una actividad empresarial sería suficiente para cumplir los presupuestos de las cláusulas de limitación de beneficios. Sin embargo, tanto el Modelo EEUU, como las cláusulas propuestas por la OCDE, en sus dos modalidades, requieren que, además, *las rentas obtenidas en la fuente estén relacionadas con la actividad empresarial en residencia*. Este segundo aspecto sitúa a la norma en el segundo presupuesto de las cláusulas de limitación de beneficios –la existencia de un motivo económico válido para obtener el rendimiento desde el Estado de la fuente-. La norma “presume” que si no concurre el elemento de conexión entre la actividad y el rendimiento, no debe aplicarse el convenio.

⁷⁵⁰ Cfr. CAVESTANY MANZANEDO, M.A., “El *treaty shopping*...”, *cit.*, p. 105.

⁷⁵¹ En este supuesto los Comentarios al Modelo OCDE prevén una cláusula aislada de actividad y una cláusula de actividad que se integra en el sistema de cláusulas de limitación de beneficios, similar al Modelo EEUU, prevista el nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002). La cláusula aislada de actividad prevista en los Comentarios al Modelo OCDE dice “Las disposiciones anteriores no serán aplicables cuando la sociedad realice actividades empresariales sustantivas en el Estado contratante del que es residente, y la desgravación impositiva reclamada al otro Estado contratante se refiere a rentas relacionadas con dichas actividades” (párrafo 21 que pasa al 19 en la versión de 2002). La cláusula prevista en el nuevo párrafo 20 es similar a la del Modelo EEUU. Las divergencias se irán señalando.

Este requisito debe entenderse desde la óptica de los presupuestos de estas normas. La cláusula de propiedad y erosión en la base permite el acceso al convenio en virtud del vínculo del sujeto con el territorio. Esos vínculos se materializan por la residencia de los partícipes de una sociedad y por la residencia de los beneficiarios de los gastos que efectúa la misma. Por el contrario, en la cláusula de actividad, *como el elemento tenido en cuenta es la actividad de la sociedad*, los rendimientos obtenidos en la fuente deben contribuir de alguna manera a la misma –de ahí el requisito de que exista una relación directa o accesorio⁷⁵²–.

El hecho de realizar una actividad empresarial, aunque puede demostrar un vínculo suficiente con el territorio, no es bastante para esta cláusula. Es preciso, además, que exista un elemento de conexión, directo o accesorio, que es el que justifica la obtención del rendimiento generado *desde* el Estado de residencia.

En suma, esta cláusula no sólo se concreta en el vínculo entre la entidad y el Estado de residencia –realización de una actividad empresarial–, sino también en la relación de los rendimientos obtenidos en la fuente con el elemento que conecta a la entidad con el Estado de residencia –conexión directa o accesorio del rendimiento con la actividad empresarial⁷⁵³–.

Dada la estructura de la cláusula de actividad, es fácil comprender por qué *su cumplimiento no otorga el derecho a la aplicación completa del convenio*. Esta norma no concede los beneficios del convenio por las características del sujeto que obtiene el rendimiento, sino por la naturaleza de la actividad que realiza y la conexión entre dicha actividad y la renta obtenida⁷⁵⁴.

Cuando el rendimiento obtenido por una entidad reúne ambos requisitos, dicha entidad sólo se beneficiará del articulado del convenio que regula ese rendimiento. Esta norma obliga a comprobar su cumplimiento *cada vez* que se obtiene un rendimiento en el Estado de la fuente. Por este motivo, *puede darse la situación de*

⁷⁵² Cfr. KIM, J., "The U.S.-West German...", *cit.*, p. 998.

⁷⁵³ Cfr. KIM, J., "The U.S.-West German...", *cit.*, p. 999.

⁷⁵⁴ Cfr. JACOB, F., *et al.*, *Handbook...*, *cit.*, p. 16.

*que un sujeto solamente tenga derecho a la aplicación del convenio respecto a una parte de los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente*⁷⁵⁵. Los rendimientos no relacionados directa o accesoriamente con la actividad empresarial desarrollada en el Estado de residencia, quedarán al margen del convenio y tributarán como disponga la legislación del Estado de la fuente.

Como se puede apreciar, la posición de los sujetos que sólo pueden cumplir esta cláusula es claramente distinta a la de aquéllos que cumplen una cláusula que otorga la condición de residente cualificado.

En primer lugar, porque las circunstancias que determinan la aplicación del convenio no tienen por qué coincidir cada vez que se obtiene un rendimiento. Ello, sin duda, representa un coste añadido, porque el esfuerzo que deben realizar los que cumplen la cláusula de propiedad y erosión en la base es siempre el mismo, acreditar que la propiedad del capital y los beneficiarios de sus gastos son residentes cualificados.

En segundo lugar, por la propia formulación en el Modelo EEUU, OCDE y los convenios objeto de estudio de esta cláusula. Las cláusulas anteriores utilizan elementos objetivos fácilmente comprobables. A pesar de la rigidez que pueden tener en algunos casos estas cláusulas, el contribuyente tiene la certeza de su cumplimiento o incumplimiento⁷⁵⁶. Por el contrario, la cláusula de actividad está plagada de conceptos jurídicos indeterminados que no proporcionan al contribuyente la certeza y seguridad suficiente sobre su cumplimiento⁷⁵⁷. Como ha señalado GOOSSEN, dada la complejidad, imprecisión y vaguedad de los conceptos que conforman esta cláusula, en muchas ocasiones va a merecer más la pena tratar de acceder al convenio

⁷⁵⁵ Cfr. REINARZ, P., "Swiss/US...", *cit.*, p. 4, MCCARTHY, C., "Switzerland...", *cit.*, pp. 111 y BERMAN, D.; HYNES, J., "Limitation...", *cit.*, p. 696.

⁷⁵⁶ Así, por ejemplo, no plantea problemas significativos comprobar si se cotiza en un mercado de valores reconocido, si el cincuenta por ciento del capital pertenece a un residente cualificado o si la sociedad ha destinado más de la mitad de sus ingresos brutos a atender gastos facturados por no residentes.

⁷⁵⁷ Como señalan DEBATIN, H.; ENDRES, D., *Das neue...*, *cit.*, p. 465, "this provision hardly satisfies the requirements of legal preciseness and verifiability". En este sentido, GOOSSEN, H., "Limiting...", p. 30. Como señala este autor, para entender qué supuestos pueden estar cubiertos por esta cláusula, algunos Memorándum interpretativos han tenido que incluir ejemplos para que la disposición fuera inteligible.

solicitándolo expresamente a la Administración tributaria del Estado de la fuente (cláusula general de buena fe)⁷⁵⁸.

Por otro lado, la cláusula de actividad padece de los mismos defectos que las cláusulas anteriores.

La cláusula de actividad sólo tiene en cuenta la actividad empresarial que el sujeto realiza en el Estado de residencia. Las ramas de la empresa situadas en Estados terceros, por muy importantes que sean, no se toman en consideración. Sólo el convenio con los Países Bajos introduce este último aspecto pero, como veremos, con escasas consecuencias. Cuando el Estado parte del convenio es miembro de una organización internacional como la Unión Europea, al igual que sucedía en las cláusulas anteriores, el hecho de que sólo se tenga en cuenta la actividad en el Estado de residencia puede ser incompatible con el Derecho comunitario.

Igualmente, tal y como se configura esta cláusula, es probable que no todas las entidades que realizan una actividad que objetivamente pudiera considerarse legítima vayan a estar cubiertas por la misma⁷⁵⁹. De ser así, *las cláusulas de limitación de beneficios estarían limitando el ámbito subjetivo de los convenios más allá de lo estrictamente necesario*. Nótese que de no cumplirse la cláusula de actividad, el contribuyente sólo puede acceder al convenio solicitándolo a la Administración tributaria del Estado de la fuente⁷⁶⁰.

A continuación analizaremos esta cláusula a partir del Modelo EEUU y los convenios que lo siguen. En primer lugar analizaremos el concepto de actividad empresarial y, seguidamente, cómo se concreta la relación directa o accesoria que

⁷⁵⁸ GOOSSEN, H., "Limiting...", *cit.*, p. 32. Desde un punto de vista práctico puede que ello sea efectivamente así. No obstante, hay que recordar que esta cláusula de actividad otorga directamente el beneficio del convenio. Cuando se solicita a la Administración la aplicación del convenio, el contribuyente obtiene la aplicación del convenio en virtud de la autorización administrativa y no directamente del convenio. *Cfr.* VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, *cit.*, p. 16-102.

⁷⁵⁹ *Cfr.* DEBATIN, H.; ENDRES, D., *Das neue...*, *cit.*, p. 467.

⁷⁶⁰ No obstante, hay que advertir que en los convenios que introduzcan una cláusula de beneficios derivados o de administración central de un grupo multinacional habrá que comprobar su cumplimiento antes de acudir a la cláusula general de buena fe.

debe mediar entre el rendimiento obtenido en la fuente y la actividad empresarial en residencia.

III.A.2.- Concepto de actividad empresarial: realización indirecta y sustancialidad

A) Concepto de actividad empresarial

El primer requisito de esta cláusula exige que exista una entidad que desarrolle una actividad empresarial en el Estado de residencia (*active trade or business*). Como veremos, no es imprescindible que el ente que desarrolla la actividad empresarial sea el mismo que obtiene el rendimiento generado en la fuente⁷⁶¹.

El Modelo EEUU no define el concepto de actividad empresarial. El Modelo sólo establece que no se considerará como actividad empresarial la actividad de realización o gestión de inversiones (*the business of making or managing business*), salvo cuando se trate de una actividad bancaria, aseguradora o de negociación de valores, realizada por una entidad financiera, aseguradora o de valores autorizada al efecto⁷⁶². Salvo los convenios con Dinamarca (art. 22.3.b), Italia (art. 2.3.b del Protocolo) y Reino Unido (art. 23.4), el resto no han previsto el supuesto de entidades, como las agencias y sociedades de valores, dedicadas a la intermediación en los mercados de valores (actividad de negociación de valores)⁷⁶³.

Por el contrario, la cláusula de actividad aislada propuesta en los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE no excluye ningún tipo de actividad empresarial. Los EEUU han realizado una reserva a la cláusula propuesta en los Comentarios, similar a la salvedad prevista en el Modelo EEUU⁷⁶⁴. Por lo que respecta a la cláusula de

⁷⁶¹ Cfr. BURGE, M.; ENDRES, D., "Treaty shopping: the new German-US treaty raises more questions than it answers", *Intertax*, núm. 11, 1990, p. 549.

⁷⁶² Cfr. DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *The 1996...*, cit., p. 180.

⁷⁶³ Cfr. SCHUCH, J.; TOILF, G., "Highlights...", cit., p. 26.

⁷⁶⁴ "EEUU considera que las actividades empresariales referidas en la letra b) del párrafo 21 del Comentario deben excluir la realización y gestión de inversiones con excepción de las actividades bancarias o aseguradoras. De no incluir esta salvedad, un residente de un país tercero podría establecer una situación clásica de utilización indebida de convenios mediante sociedades de tránsito -una sociedad personal de inversión- y argumentar que la sociedad realiza operaciones empresariales sustantivas (la gestión de la cartera personal del accionista residente de un país tercero) y que la renta respecto de la

actividad integrada en el nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002), su formulación responde a la del Modelo EEUU. Ello quiere decir que aunque se excluye con carácter general “la actividad de realización o gestión de inversiones”, tal exclusión no se produce cuando se trata de una entidad financiera, aseguradora y *de prestación de servicios de inversión en materia de valores*, que ha sido autorizada al efecto. Además, el párrafo núm. 20 introduce un inciso importante. La actividad de realización o gestión de inversiones sólo se excluye cuando se realiza por cuenta propia. Cuando se realiza por cuenta de terceros, no se produce la exclusión⁷⁶⁵.

En principio, al no definir ni el Modelo EEUU, ni los convenios, qué constituye una actividad empresarial, y tampoco deducirse una interpretación de dicho concepto del contexto, hay que acudir a la legislación del Estado que aplica el convenio para dotar de significado a este concepto⁷⁶⁶.

Según la TE del Modelo EEUU, el concepto de actividad empresarial está definido en el art. 367(a)(3) del IRC⁷⁶⁷ y en las *Federal Regulations* § 1.367(a)-2T(b)(2) y § 1.367(a)-2T(b)(3). Según esta normativa, en cada caso, atendiendo a las circunstancias concurrentes, habrá que determinar si la actividad tiene carácter empresarial. Como regla general, se entiende por actividad empresarial el conjunto de actividades que constituyen una unidad económica con el fin de obtener un lucro (*specific group of activities that constitute or could constitute an independent economic enterprise carried of for profit*)⁷⁶⁸. Además, debe contar con los medios materiales y personales adecuados para el desarrollo de dicha actividad⁷⁶⁹.

que se reclaman los beneficios (dividendos e intereses) está relacionada con tales operaciones empresariales”. Cfr. párrafo núm. 27 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE.

⁷⁶⁵ El párrafo núm. 20 señala “other than the business of making or managing investments for the resident’s own account”.

⁷⁶⁶ Cfr. RAMUSSEN, M.; BERNHARDT, D., “The Limitation on Benefits Provisions in the Tax Treaty with the United States”, *ET*, núm. 4, 2001, p. 148.

⁷⁶⁷ La legislación del branch tax de 1986 también se remite a dicho artículo.

⁷⁶⁸ DOENBERG, R.; VAN RAAD, K., *The 1996...*, cit., p. 179.

⁷⁶⁹ SCHUCH, J.; TOILF, G., “Highlights...”, cit., p. 26 transcriben las *regulations* del IRS. No obstante, como señala SCHINABECK, M., “The Limitation...”, cit., p. 35, no resulta de gran utilidad, o por lo menos no otorga un nivel de certeza elevado, el acudir a la legislación interna estadounidense para dotar de significado a este concepto. El IRC utiliza esta expresión en numerosas ocasiones y no siempre con el mismo significado. Tampoco las consultas tributarias existentes establecen un parámetro claro. La comprobación de si existe o no una actividad empresarial se realiza

La legislación tributaria española no contiene una definición general de lo que constituye una actividad empresarial. En la regulación de la exención por los dividendos y ganancias patrimoniales procedentes de participaciones significativas en entidades no residentes, puede encontrarse un significado parcial (art. 20bis LIS). En este sentido, la exención solamente se concede cuando la entidad participada realiza actividades empresariales. La LIS considera cumplido este requisito cuando las rentas no estén comprendidas por el régimen español de transparencia fiscal internacional (art. 121 LIS)⁷⁷⁰. El art. 20 bis de la LIS establece, además, una serie de actividades que considera que tienen naturaleza empresarial. De los supuestos enumerados, se puede extraer que es necesario que la actividad que realiza la empresa se desarrolle a través de la adecuada organización de medios personales y materiales. También para la delimitación del concepto de actividad empresarial puede acudirse al concepto de actividad económica previsto en el art. 25 de la LIRPF⁷⁷¹, al concepto de explotación económica del art. 134.3 de la LIS⁷⁷² y al concepto de empresario o profesional del art. 5.2 de la LIVA⁷⁷³.

caso por caso, en atención a las circunstancias concurrentes, por lo que cuando no coincide exactamente el supuesto de hecho, no pueden extrapolarse los criterios establecidos en una consulta a otros supuestos.

⁷⁷⁰ Básicamente son las rentas inmobiliarias, dividendos, intereses y los rendimientos obtenidos por la prestación de determinados servicios aseguradores, crediticios y financieros cuando den lugar a un gasto deducible en España en una entidad vinculada al sujeto no residente que obtiene el rendimiento. Estos rendimientos no se computan en el régimen de transparencia fiscal internacional cuando se integren o estén afectos a una actividad empresarial. Como se puede comprobar, la Ley no define realmente lo que es una actividad empresarial.

⁷⁷¹ Su tenor es el siguiente: "Se considerarán rendimientos íntegros de actividades económicas aquéllos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En particular, tienen esta consideración los rendimientos de las actividades extractivas, de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras, y el ejercicio de profesiones liberales, artísticas y deportivas".

⁷⁷² Su tenor es el siguiente: "Se considerarán rendimientos de una explotación económica todos aquellos que procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del sujeto pasivo la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios".

⁷⁷³ Su tenor es el siguiente: "Son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En particular, tienen esta consideración las actividades extractivas, de fabricación, comercio y prestación de servicios, incluidas las de artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras y el ejercicio de profesiones liberales y artísticas".

De la normativa interna anterior no se extrae un concepto de actividad empresarial claro. Sólo se deduce que debe existir ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

En nuestra opinión, la delimitación de este concepto tiene más sentido realizarla desde la óptica de las actividades que, aún pudiendo tener naturaleza empresarial, se excluyen expresamente en el Modelo EEUU y los convenios analizados. Según el Modelo, las actividades de gestión y realización de inversiones están excluidas salvo que se trate de actividades bancarias y de seguro realizadas por entidades bancarias o aseguradoras.

Los términos tan genéricos en los que se formula la expresión "actividades de gestión y realización de inversiones" dificulta seriamente la delimitación de su alcance. En una primera aproximación, hay que deducir que se está excluyendo a las entidades cuya actividad principal es precisamente la actividad de gestión y realización de inversiones. Cuando ese tipo de actividades sea meramente residual, debe entenderse que no está excluida. Otra cosa es que los rendimientos obtenidos por esa parte de actividad cumplan, posteriormente, el requisito de que exista una relación directa o accesoria entre el rendimiento obtenido en la fuente y la actividad en residencia.

En segundo lugar, tal y como está redactada la cláusula, las empresas que tienen como actividad típica y habitual la realización de operaciones activas y pasivas, que es la típica actividad bancaria, o de aseguramiento, se encuentran incluidas dentro de la expresión "actividades de gestión y realización de inversiones". Una entidad integrada en un grupo empresarial cuya actividad principal es la intermediación entre los prestatarios del grupo y los prestamistas del propio grupo o independientes, estaría excluida, porque se trata de una actividad bancaria no desarrollada por una entidad

financiera habilitada al efecto⁷⁷⁴. La actividad bancaria y aseguradora sólo es actividad empresarial, en el sentido del Modelo, si la realizan entidades financieras y aseguradoras autorizadas⁷⁷⁵. Algunos convenios han matizado este supuesto, especificando que solamente incluye a las entidades autorizadas en la medida que desarrollen actividades bancarias y aseguradoras en sentido estricto⁷⁷⁶. Cualquier otra actividad, no estaría cubierta por este supuesto.

En segundo lugar, los convenios, a diferencia que el Modelo EEUU, no excluyen del concepto “actividades de realización de gestión y dirección de inversiones”, las de negociación de valores desarrolladas por entidades autorizadas (*registered security dealers*).

En el caso español, al no haberse previsto esta norma, quedarían fuera del ámbito de aplicación del convenio las sociedades y agencias de valores y las sociedades gestoras de carteras⁷⁷⁷. *Esta exclusión no tiene consecuencia alguna respecto a las operaciones que estas entidades realizan por cuenta de terceros*. La tributación de las operaciones de compra y venta de los valores confiados a estas entidades no se rigen por el convenio celebrado entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia de la agencia o sociedad de Valores. El convenio de doble imposición aplicable a dichas transacciones es el celebrado entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia de la persona que ha confiado los valores a estas entidades.

⁷⁷⁴ No lo entienden así LANGEREIS, C.; VAN HERKSEN, M., “International Aspects of Dutch Financing Companies”, *Intertax*, núm. 6/7, 1997, pp. 267 y 268 refiriéndose a las sociedades de financiación intragrupo holandesas. En nuestra opinión, estas entidades están excluidas salvo que el sujeto formalmente tenga la condición de entidad financiera, lo que no es el caso.

⁷⁷⁵ En el caso del Estado español son las que hayan sido autorizadas de conformidad con la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de entidades de crédito y la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

⁷⁷⁶ Cfr. DEBATIN, H.; ENDRES, D., *Das neue...*, cit., p. 465. A los efectos de la legislación interna estadounidense, tienen la consideración de entidades bancarias aquéllas autorizadas por la Administración competente para el desarrollo de las siguientes funciones: recibir depósitos, efectuar préstamos, adquisición, transmisión, descuento y negociación de títulos valores, servicios de administración, financiación de adquisición de moneda extranjera. Cfr. SCHINABECK, M., “The Limitation...”, cit., p. 35. También define lo que es actividad crediticia. El Memorándum interpretativo del convenio con Irlanda define cuándo una entidad bancaria o aseguradora realiza una actividad empresarial (cfr. apartado 9.1.b.i).

⁷⁷⁷ Cfr. el art. 1 del Real Decreto 867/2001, de 20 de julio, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

De ahí que la exclusión no afecta a las operaciones por cuenta ajena⁷⁷⁸. Las operaciones por cuenta propia, por el contrario, sí están excluidas.

No es razonable, en nuestra opinión, que los convenios objeto de estudio no hayan contemplado este supuesto previsto en el Modelo EEUU. Técnicamente el grueso de las operaciones de estas entidades son por cuenta ajena, por lo que la inclusión o exclusión del convenio no les afecta directamente a sus clientes⁷⁷⁹. Por otro lado, no tiene sentido que las operaciones por cuenta propia estén excluidas porque, al igual que sucedía en la cláusula de cotización en bolsa, estas entidades están sujetas a fuertes controles por parte de las autoridades administrativas. Al ser la situación similar, no parece razonable otorgarles un régimen distinto. Otra cosa es que estas entidades realicen transacciones que sólo aparentemente se realizan por cuenta propia. Este tipo de actuaciones puede tener el objetivo de que se apliquen los convenios celebrados por el Estado de residencia de estas entidades y no los convenios del Estado de residencia del cliente. Aún así, consideramos que tampoco existen motivos suficientes para que la exclusión se realice de plano, porque ese tipo de transacciones pueden corregirse perfectamente a través de la cláusula del beneficiario efectivo.

La TE del Modelo EEUU indica que esta expresión también comprende a las entidades cuya función es la de actuar como administración central de un grupo empresarial (*headquarter company*)⁷⁸⁰. Estas entidades centralizan determinadas actividades del grupo, como son las de auditoría, política de compras, financiación, etc. Algunos convenios, como veremos en otro apartado (III.B), han introducido una cláusula específica para permitir a estas entidades tener acceso al convenio.

Por último, bien por aplicación de los conceptos de actividad empresarial previstos en las legislaciones nacionales o bien por la exclusión expresa del Modelo

⁷⁷⁸ El Memorándum interpretativo del convenio entre Suiza y EEUU parece confirmar lo anterior (art. 4). Este aspecto queda claro en el nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002) a través del inciso incluido. No obstante, también quedarían incluidas las operaciones por cuenta propia, si nos atenemos a la versión OCDE, EEUU y los convenios con Dinamarca, Italia y Reino Unido, cuando la entidad ha sido autorizada.

⁷⁷⁹ Ello sucede fundamentalmente respecto a las agencias de valores y a las sociedades gestoras de cartera que, con carácter general, no pueden negociar valores por cuenta propia. Las sociedades de valores sí pueden negociar por cuenta propia. Cfr. arts. 1, 4 y 30 del Real Decreto 867/2001.

⁷⁸⁰ Cfr. Párrafo 311 de la TE del Modelo EEUU.

EEUU, las sociedades de mera tenencia de participaciones (*sociedades holding*) no cumplen esta cláusula⁷⁸¹. No obstante, como veremos a continuación, el Modelo no exige que el sujeto que obtiene el rendimiento sea el mismo que realiza la actividad empresarial. También se encuentran dentro del ámbito de aplicación del convenio los supuestos de realización indirecta de una actividad empresarial, que se refieren a los casos en que la actividad empresarial es llevada a cabo por un sujeto con el que se encuentra vinculado la entidad que obtiene el rendimiento⁷⁸². Así, por ejemplo, una sociedad *holding* que participa en entidades que realizan actividades empresariales (sociedades operativas) podría tener derecho a la aplicación del convenio con respecto a los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente, siempre y cuando esos rendimientos estén directa o accesoriamente relacionados con la actividad empresarial que realizan las sociedades operativas en las que participa la *holding*⁷⁸³.

B) Realización indirecta de la actividad empresarial

El texto del Modelo EEUU no parece contemplar este supuesto; la persona obtiene el rendimiento en el Estado de la fuente debe realizar también una actividad empresarial en el Estado de residencia. Por lo tanto, según el Modelo EEUU, en principio, deben coincidir en la misma persona la obtención del rendimiento y la realización de una actividad empresarial.

Algunos convenios (Alemania, Austria, Francia, Irlanda, Luxemburgo, los Países Bajos y Reino Unido) han recogido expresamente algunos supuestos en los que se permite, en determinadas circunstancias, que no coincidan el rendimiento y la actividad en la misma persona.

⁷⁸¹ En este sentido se pronuncia CASERO BARRÓN, R., "Spain: New Holding Company Regime for Outbound Investments", *Intertax*, núm. 12, 1996, p. 469 respecto a las entidades de tenencia de valores extranjeros. Los convenios celebrados por España que contienen una cláusula de propiedad / transparencia, incorporan también una cláusula de actividad. Se mantiene la aplicación del convenio cuando la entidad participada mayoritariamente por residentes en Estados que no forman parte del convenio realiza una actividad empresarial. En todos los convenios no se considera actividad empresarial la mera tenencia de participaciones o inmuebles.

⁷⁸² Cfr. RAMUSSEN, M.; BERNHARDT, D., "The Limitation...", *cit.*, p. 149.

⁷⁸³ Este mismo ejemplo se encuentra también en el régimen español de transparencia fiscal internacional. Los rendimientos obtenidos por sociedades *holding* que participan en entidades operativas no están sometidos al régimen de imputación de rentas de la transparencia fiscal internacional (art. 121.2 de la LIS).

En los convenios con Alemania y Austria los casos de realización indirecta no están previstos en el articulado del convenio, sino en el Memorándum interpretativo. Los supuestos de realización indirecta del convenio con Alemania se deducen de los ejemplos sobre esta cláusula recogidos en el Memorándum.

Del Memorándum del convenio alemán se puede deducir una regla general en esta materia aplicable a todos los convenios, a pesar de que no prevean expresamente la realización indirecta de la actividad empresarial. El segundo ejemplo del Memorándum se refiere a una sociedad residente en Alemania que desarrolla una actividad empresarial y cuyas participaciones pertenecen íntegramente a otra sociedad residente en Alemania. Esta segunda sociedad obtiene rendimientos en EEUU. El Memorándum considera que se cumple el requisito de realización de una actividad empresarial porque las entidades que obtienen el rendimiento y las que realizan la actividad empresarial están vinculadas.

Como ha señalado la doctrina, el Memorándum prescinde de la personalidad jurídica de las entidades implicadas, tratando como unidad económica el conjunto de entidades que se encuentran bajo la misma unidad de control⁷⁸⁴. Cuando cualquiera de las entidades que forman el grupo desarrolla una actividad empresarial en el sentido del convenio, este requisito se cumplirá, a pesar de que no coincida con el sujeto que obtiene el rendimiento. La relación de control puede producirse en sentido ascendente o descendente, esto es, la persona que realiza la actividad empresarial puede ser la que controla a la entidad que percibe el rendimiento o viceversa.

La cuestión que no resuelve el Memorándum es en qué casos las entidades que intervienen están vinculadas. Este documento sólo menciona el supuesto de una sociedad que controla completamente el capital de otra. Respecto a cualquier otro supuesto de vinculación, existe la duda acerca de si está incluido o no, dado que no se establece ningún criterio⁷⁸⁵.

⁷⁸⁴ Cfr. JACOB, F., *et al.*, *Handbook...*, cit., p. 18.

⁷⁸⁵ Cfr. JACOB, F., *et al.*, *Handbook...*, cit., p. 19.

Aun así, consideramos que debe admitirse en todos los convenios “la realización indirecta de la actividad empresarial”. Nótese que los supuestos de actividad empresarial indirecta en los convenios con Alemania y Austria están previstos en el Memorándum, instrumento que, en principio, sólo recoge un acuerdo de los Estados parte sobre la interpretación del texto del convenio⁷⁸⁶. Si se considera que el Memorándum sólo recoge el resultado de interpretar el convenio –y no un añadido al mismo- puede afirmarse que es posible llegar al mismo resultado en los convenios en los que nada se menciona, ni siquiera en el Memorándum⁷⁸⁷.

Para delimitar qué supuestos deben quedar comprendidos por esta modalidad de la cláusula de actividad, resulta útil acudir a los convenios que han desarrollado este aspecto. Con carácter previo, hay que tener en cuenta que *la actividad empresarial debe desarrollarse en el Estado de residencia*. Solamente el convenio con los Países Bajos permite tener también en cuenta las actividades realizadas en otros Estados.

El criterio más sencillo es el establecido en el convenio con Luxemburgo. En efecto, se entenderá cumplido el requisito cuando el sujeto que realiza la actividad empresarial se encuentre vinculado con la persona que obtiene el rendimiento. Los supuestos de vinculación deben interpretarse de acuerdo con el art. 9 del propio convenio, porque establece expresamente cuándo existe una relación de ese tipo.

Los convenios con Irlanda (Art. 9.b.ii del Protocolo) y Reino Unido (art. 23.4.c) establecen una regla general: se tendrán en cuenta las actividades empresariales llevadas a cabo por personas “conectadas” (*connected*). Este concepto no se asimila al de vinculación previsto en el convenio con Luxemburgo, a tenor de los ejemplos recogidos por el Protocolo. Este convenio se refiere a los supuestos en los que la sociedad que percibe el rendimiento tiene una participación de al menos el

⁷⁸⁶ Cfr. BENNETT, M.; MORRISON, P.; DANIELS, T.; DE HOSSON, F., *Commentary...*, cit., p. 104.

⁷⁸⁷ Implícitamente CAVESTANY MANZANEDO, M.A., “El artículo...”, cit., p. 5, admite esta posibilidad respecto al convenio español –que no establece nada al respecto-, al señalar “que los beneficios no se niegan simplemente porque la renta se obtenga por una sociedad holding española y la realización activa de una actividad empresarial se lleve a cabo por otra filial española”.

cincuenta por ciento del capital y los derechos de voto en la entidad que realiza la actividad empresarial, o viceversa. Estos convenios también contemplan el supuesto de una sociedad que es socio de una sociedad personalista que realiza una actividad empresarial⁷⁸⁸.

El convenio con Francia ocupa una posición intermedia entre los convenios anteriores. Prevé el supuesto anterior del socio de una sociedad personalista y, también, los casos en que la actividad empresarial la desarrollan entidades vinculadas, como en el convenio con Luxemburgo. El concepto de entidades vinculadas debe interpretarse de acuerdo con el art. 9 del convenio⁷⁸⁹.

En ambos supuestos es indiferente el Estado de residencia de la sociedad personalista o la entidad vinculada. Lo relevante no es que resida en el mismo Estado de la sociedad que percibe el rendimiento, sino que desarrolle una actividad empresarial en el Estado de residencia de la sociedad perceptora.

El convenio con Austria⁷⁹⁰ y los Países Bajos son los que más han desarrollado los supuestos de realización indirecta de actividades empresariales. El mayor desarrollo también ha supuesto, como seguidamente se comprobará, un aumento significativo de la complejidad de esta cláusula.

En primer lugar, al igual que en el convenio francés, se contempla el supuesto en el que la sociedad perceptora es socio de una sociedad personalista que desarrolla una actividad económica.

A continuación, ambos convenios establecen una serie de situaciones en las que se atribuye a la sociedad perceptora la realización de una actividad empresarial por el

⁷⁸⁸ El párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002) que contempla este supuesto ha elegido la opción prevista en los convenios con Irlanda y Reino Unido para determinar cuándo existe un supuesto de realización indirecta de la actividad empresarial.

⁷⁸⁹ En este sentido, SPECTOR, P.; SALOU, S., "The New...", *cit.*, p. 100, nota 71 y SCHINABECK, M., "The Limitation...", *cit.*, p. 35.

⁷⁹⁰ Los supuestos previstos en ambos convenios son prácticamente idénticos. La diferencia principal es que en el convenio con Austria se contienen en el Memorándum y no en el texto del convenio como sucede en el convenio con los Países Bajos (art. 26.2., letras "e" y "f").

hecho de pertenecer a un grupo empresarial o estar controlada o controlar sociedades que desarrollan actividades empresariales en los términos del convenio⁷⁹¹.

Para definir este segundo conjunto de supuestos, el convenio utiliza una serie de conceptos que conviene aclarar previamente.

El primer concepto, *controlling beneficial interest*, puede traducirse al español como "control efectivo"⁷⁹². Una persona ejerce un "control efectivo" sobre otra cuando posee, directa o indirectamente, más del cincuenta por ciento de su capital y derechos de voto. Cuando la participación es indirecta, solamente se computa dicha participación si los distintos miembros de la cadena de propiedad tienen más del cincuenta por ciento del capital y de los derechos de voto en la entidad de la cadena que participan. Cuando el control efectivo se tiene por el hecho de formar parte de un grupo empresarial, es necesario que al menos la sociedad perceptora tenga el diez por ciento de los derechos de voto y del capital en la sociedad que realiza la actividad empresarial. Por ello, el mero hecho de formar parte del grupo que controla a la entidad que desarrolla la actividad empresarial no es suficiente. Es necesario un porcentaje mínimo de control⁷⁹³.

Las posibilidades contempladas por el convenio son las siguientes. En las dos primeras, la sociedad perceptora está controlada por otras entidades que desarrollan actividades empresariales. En el segundo, la situación es a la inversa. La entidad que percibe los rendimientos controla individualmente o conjuntamente con otras sociedades, las entidades que desarrollan actividades empresariales. Finalmente, en el quinto supuesto, la entidad que percibe el rendimiento desarrolla conjuntamente con otra entidad la actividad empresarial.

⁷⁹¹ Cfr. SPECTOR, P., "Limitations...", *cit.*, p. 167, DECARLO, J.; GRANWELL, A.; VAN WEEGHEL, S., "An Overview...", *cit.*, p. 276 y MORRISON, P.; BENNETT, M., "The New U.S.-Netherlands Treaty: Part I...", *cit.*, p. 340.

⁷⁹² Tomamos el significado del convenio con los Países Bajos porque este concepto no está definido en el convenio con Austria. El convenio austriaco recoge estos supuestos en términos idénticos pero, inexplicablemente, no define este concepto fundamental para su aplicación. Como señala STRAUCH, B., *Limitation...*, *cit.*, p. 46, al no definir el convenio austriaco la única posibilidad para interpretar este concepto es acudir al convenio holandés, que es del que parece haberse tomado este concepto.

⁷⁹³ Véanse los ejemplos que recoge SPECTOR, P., "Limitations...", *cit.*, pp. 168 a 170.

En primer lugar, el control efectivo lo ejerce una entidad que desarrolla una actividad empresarial. Nótese que quién realiza la actividad empresarial es el sujeto que ejerce el control efectivo y no quién percibe el rendimiento.

El segundo supuesto es similar al anterior, pero en este caso el control efectivo se ejerce por un grupo de entidades no superior a cinco. Al igual que en el supuesto anterior, las entidades que tienen el control efectivo son las que realizan la actividad empresarial.

En el tercer supuesto, no es necesario que la sociedad perceptora tenga control efectivo alguno sobre una sociedad que desarrolla una actividad empresarial. Basta que pertenezca a un grupo empresarial que se acoja, o pueda acogerse, al régimen de tributación de los grupos de sociedades que, como es sabido, determina que los integrantes del grupo tributen conjuntamente⁷⁹⁴. Aquí es el grupo empresarial como tal quien desarrolla una actividad empresarial.

El cuarto supuesto es similar a los anteriores, pero abre la posibilidad de que otros sujetos, que no sean residentes en el Estado de la sociedad perceptora, se tomen en cuenta para determinar si existe control efectivo sobre la sociedad operativa. El control efectivo puede estar exclusivamente en manos de la sociedad perceptora o bien conjuntamente con un máximo de cuatro entidades que tienen que ser residentes cualificados o bien residentes en Estados que tengan convenios con los Estados parte que contengan cláusulas de intercambio de información o residentes en un Estado miembro de la Unión Europea⁷⁹⁵.

⁷⁹⁴ El convenio con los Países Bajos dispone en su art. 26.2.e.v que para determinar si es posible acogerse al régimen tributario de los grupos de sociedades no se tomarán en cuenta la residencia de las sociedades que forman parte del grupo. Con ello el convenio amplía el número de supuestos, porque, como en la legislación española, sólo se admite este régimen de tributación respecto a las sociedades residentes en el mismo Estado (art. 81 LIS).

⁷⁹⁵ El convenio utiliza la expresión *indentified state* para referirse a aquellos Estados con los que existen acuerdos para el intercambio de información en materia tributaria. El apartado XVI del Memorándum del convenio holandés recoge una lista de los Estados que cumplen este requisito. Esta lista no se amplía o reduce automáticamente en función de la celebración de nuevos acuerdos o de la terminación de los ya existentes. Dada la dicción del Memorándum, parece que la exclusión o inclusión requiere del correspondiente acuerdo entre las Administraciones tributarias de los Estados parte.

El convenio con Austria no contempla en este supuesto y el siguiente, los residentes en la Unión Europea. En cualquier caso, en el convenio con los Países Bajos, este concepto de residente en la Unión Europea debe interpretarse en el sentido restrictivo expuesto en otro apartado (II.E.3.B).

Por último, si la sociedad perceptora realiza conjuntamente con otra sociedad una actividad empresarial y éstas, a su vez, están controladas efectivamente por un máximo de cinco entidades que tengan la condición de residentes cualificados, residan en la Unión Europea o en Estados con los que los Estados partes hayan celebrado acuerdos para el intercambio de información.

La complejidad de esta cláusula es claramente excesiva. Los supuestos recogidos en los convenios expuestos pueden reducirse a los dos siguientes. En primer lugar, cuando el sujeto que percibe el rendimiento y el que realiza la actividad empresarial se encuentran en el mismo nivel. Aquí se incluiría el caso de participación en una sociedad personalista o de un grupo empresarial, con los requisitos señalados en cada caso. En segundo lugar, cuando el sujeto que realiza la actividad y el sujeto que obtiene el rendimiento tienen una posición de control el uno respecto del otro. La posición puede ser ascendente (*upstream attribution*), quien obtiene el rendimiento ejerce el control o descendente (*downward attribution*), cuando el que obtiene el rendimiento está controlado por el que realiza la actividad empresarial.

Cada convenio establece el porcentaje necesario de participación para que exista control. En otros casos, como sucede en el convenio francés y luxemburgués, sólo es necesario que exista vinculación en los términos establecidos en el convenio. Todos estos convenios siguen el concepto de vinculación previsto en el art. 9 del Modelo EEUU y OCDE.

C) Dimensiones de la actividad empresarial desarrollada en el Estado de residencia: el requisito de la “sustancialidad”

El Modelo EEUU de 1996 recoge el requisito de la "sustancialidad" (*substantiality test*)⁷⁹⁶. *La actividad realizada en el Estado de residencia, directa o indirectamente, por la entidad que percibe el rendimiento no sólo debe tener carácter empresarial, sino también tiene que ser "sustancial"*.

Este concepto impone un requisito *cuantitativo* a la actividad empresarial. Por lo tanto, los requisitos de la actividad desarrollada en el Estado de residencia no son sólo cualitativos -tiene que ser empresarial- sino también de carácter cuantitativo.

Para que la actividad empresarial desarrollada en el Estado de residencia se tome en consideración, debe alcanzar un determinado volumen con respecto a la actividad del Estado de la fuente que produce el rendimiento (*the trade or business is substantial in relation to the activity in the other State generating the income*). El volumen que debe tener la actividad en residencia se establece por comparación con la actividad que genera el rendimiento en el Estado de la fuente⁷⁹⁷.

Este requisito tiene por finalidad evitar que puedan acceder al régimen del convenio a través de esta cláusula sujetos que pueden no tener ni un vínculo suficiente con el Estado de residencia ni, tampoco, un motivo económico válido para obtener desde ese Estado el rendimiento generado en la fuente.

Si esta cláusula no contemplase este requisito, podría lograrse su cumplimiento fácilmente. Piénsese en el siguiente supuesto. Una sociedad residente en EEUU, perteneciente a no residentes, opera en el sector de los videojuegos, obteniendo pingües beneficios. Los partícipes de esa sociedad, con el fin de obtener los dividendos pagados por la sociedad residente en EEUU desde Francia, y así beneficiarse del techo de gravamen previsto para los dividendos en el convenio entre esos dos Estados, crean una sociedad en Francia cuya única actividad es la venta de esos videojuegos a través de una minúscula tienda en Francia. A la sociedad residente

⁷⁹⁶ Este requisito también está previsto en la cláusula de actividad propuesta por los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (párrafo núm. 21.b). El término *substantial* se traduce en la versión española como "sustantiva".

⁷⁹⁷ Cfr. BURGE, M.; ENDRES, D., "Treaty shopping...", *cit.*, p. 549.

en Francia se le transmitirían también las participaciones de la sociedad residente en EEUU.

En principio, de no exigirse un requisito cuantitativo a la sociedad del Estado de residencia, se cumpliría la cláusula, porque los rendimientos obtenidos en EEUU, se derivan de una actividad directamente relacionada con la actividad que produce los beneficios en EEUU⁷⁹⁸. En consecuencia, la cláusula requiere que la actividad empresarial en residencia tenga un cierto volumen ("sustancialidad"), para que la cláusula resulte eficaz contra estructuras *treaty shopping*. De lo contrario, bastaría con dotar a la sociedad perceptora de los rendimientos de una mínima actividad empresarial directamente relacionada con la que genera los rendimientos en la fuente para cumplir con la cláusula de actividad. Para evitar que se produzcan este tipo de situaciones, la actividad en residencia debe tener un cierto volumen o importancia con respecto a la actividad que produce los rendimientos en el Estado de la fuente.

No todos los convenios objeto de estudio recogen este requisito. En la práctica, sin embargo, siempre va a ser necesario su cumplimiento, al menos, cuando EEUU es el Estado de la fuente. Así, por ejemplo, aunque el convenio entre Alemania y EEUU no menciona este requisito, el Memorándum interpretativo considera que es necesario su cumplimiento⁷⁹⁹. Si realizamos una interpretación formalista en estos casos, es probable que técnicamente no debería exigirse este requisito, al no estar expresamente previsto. En la práctica, sin embargo, es probable que la invocación de la aplicación estricta del texto del convenio no tenga ninguna eficacia, porque la Administración

⁷⁹⁸ Este es el ejemplo recogido en la TE del Modelo EEUU. No obstante, hay que tener en cuenta que puede dudarse de que la sociedad residente en Francia realice una actividad empresarial, porque a pesar de desarrollar una actividad de este tipo, en principio, la mayor parte de su actividad sería la tenencia de las participaciones de la sociedad residente en EEUU. La TE no adopta este punto de vista, por lo que parece que este supuesto, si no fuera por el requisito de la sustancialidad, cumpliría la cláusula.

⁷⁹⁹ En el caso alemán, el Memorándum interpretativo recoge este requisito. DEBATIN, H.; ENDRES, D., *Das neue...*, cit. p. 475 critican que este requisito se haya introducido a través del Memorándum, porque se trata de un documento meramente interpretativo que no puede añadir cuestiones no contempladas en el texto del convenio. *Los convenios con España, Reino Unido y Suecia no contemplan este requisito*. Respecto al convenio español, ni siquiera en la TE del convenio –que, recordemos, recoge la interpretación de la Administración americana–, se recoge este requisito. CAVESTANY MANZANEDO, M.A., "El artículo...", cit. p. 6 considera que este requisito también es exigible en el convenio español. No obstante, esta autora parece confundirlo con el requisito referido a la existencia de una relación indirecta o accesorio, al decir que "no se cumple la prueba de la sustancialidad [porque] la actividad de la empresa española no tiene relación, ni siquiera accesorio, con la actividad empresarial de la empresa americana".

tributaria de EEUU puede que exija este requisito aplicando directamente la normativa interna⁸⁰⁰.

En segundo lugar, el Modelo EEUU de 1996 exige el cumplimiento de este requisito en los dos supuestos de conexidad (directa y accesoria) entre la actividad en residencia y el rendimiento obtenido en la fuente. Con independencia de que la relación entre el rendimiento en la fuente y la actividad en residencia sea directa o accesoria, *la actividad empresarial en residencia siempre tiene que ser sustancial*.

Los convenios objeto de estudio, sin embargo, han limitado este requisito a los supuestos en los que la relación es *directa*⁸⁰¹. Por consiguiente, *en la práctica este requisito solamente es exigible cuando la relación entre los rendimientos obtenidos en la fuente y la actividad empresarial en residencia es directa*⁸⁰². Cuando la relación existente entre el rendimiento y la actividad es *accesoria*, no es necesario superar "la prueba de la sustancialidad".

Tampoco el requisito de la sustancialidad debe cumplirse en todos los supuestos de relación directa. Como veremos seguidamente, el Modelo EEUU y algunos convenios contemplan una regla objetiva para facilitar la comprobación del cumplimiento de "la prueba de sustancialidad". De la aplicación de esta regla se deduce que no es necesario el cumplimiento de este requisito cuando el sujeto que obtiene el rendimiento no participa directa o indirectamente en el capital y los derechos de voto de la entidad que paga el rendimiento en el Estado de la fuente. Cuando no exista participación alguna, no es necesario el cumplimiento de este requisito, porque se cumpliría automáticamente⁸⁰³.

⁸⁰⁰ La normativa en materia de *branch profit tax* exige también este requisito. Cfr. *International Income Taxation. Code & Regulations. Selected Sections*, Commerce Clearing House, Inc., Chicago, 1993, p. 1095.

⁸⁰¹ Cfr. BENNETT, M.; MORRISON, P.; DANIELS, T.; DE HOSSON, F., *Commentary...*, cit., p. 101 y BERMAN, D.; HYNES, J., "Limitation...", cit., p. 695.

⁸⁰² Cfr. SPECTOR, P., "Limitations...", cit., p. 166.

⁸⁰³ En este sentido, SPECTOR, "Limitations...", cit., p. 167, THILL, P.; MILHAC, E., "French Treaty brought up to date", *ITR*, octubre, 1995, p. 9, GOUTHIERE, B., "France: New Tax Treaty with the United States", *ET*, núm. 3, 1995, p. 99, MUNTENDAM, F., "Luxembourg...", cit., p. 39, SCHINABECK, M., "The Limitation...", cit., p. 36 y SCHUCH, J.; TOILF, G., "Highlights...", cit., p. 27. Tampoco sería necesario cumplir este requisito cuando la entidad perceptora y pagadora son sociedades vinculadas en el sentido del art. 9 del Modelo OCDE, pero siempre que la vinculación esté

En suma, sólo hay que cumplir “la prueba de sustancialidad” cuando la relación es directa y la sociedad que obtiene el rendimiento no participa en la entidad del Estado de la fuente que lo paga⁸⁰⁴.

La comprobación del cumplimiento de este requisito es una cuestión de hecho. Hay que comparar el volumen de la actividad en el Estado de la fuente con la actividad del Estado de residencia. El Modelo EEUU y los convenios no establecen ningún criterio específico. Simplemente señalan que se comprobará si se cumple en atención “a todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto”.

Cuando la dimensión de la actividad en residencia es mayor respecto a la actividad en fuente, no parece haber problema alguno para entender que el requisito se cumple. Las dudas aumentan en la medida en que se incrementa también el tamaño de la actividad en el Estado de la fuente⁸⁰⁵.

Para facilitar su cumplimiento, el Modelo EEUU y algunos convenios han previsto una regla objetiva. Los sujetos que cumplan esa regla superan automáticamente “la prueba de sustancialidad”⁸⁰⁶. Para concretar este concepto en los convenios en los que nada se establece, puede ser útil acudir a los convenios que han desarrollado dicha regla.

motivada por un criterio distinto a la participación en la sociedad pagadora. El convenio con Suiza contempla una regla especial (*cf.* apartado 7.b del Protocolo). El requisito de la “sustancialidad” sólo es exigible cuando quien paga el rendimiento está vinculado con el receptor. A los efectos de este convenio, sólo existe vinculación cuando la sociedad que percibe el rendimiento tiene una participación, directa o indirecta, superior al 10 por 100 en el capital de la sociedad pagadora. En virtud de lo anterior, cualquier participación no generará el deber de cumplir este requisito, sino exclusivamente cuando la participación supera ese porcentaje. En el resto de los casos, cualquier participación requiere su cumplimiento. *Cfr.* COHEN, H.; POLLACK, L.; SCHERER, M., “Analysis...”, *cit.*, p. 65.

⁸⁰⁴ A tenor de la redacción del nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002), el requisito de la sustancialidad sólo hay que cumplirlo cuando la entidad que paga el rendimiento y la que lo percibe están vinculadas a tenor del art. 9 del Modelo OCDE. Asimismo, la versión del párrafo núm. 20 no parece excluir este requisito cuando la relación entre la actividad y el rendimiento es accesoria.

⁸⁰⁵ *Cfr.* JACOB, F., *et al.*, *Handbook...*, *cit.*, pp. 20 y 21.

⁸⁰⁶ La encontramos en el convenio con Austria (en el Memorándum), Dinamarca (art. 22.3.c), Francia (art. 30.2.b del convenio), Irlanda (art. 23.3.b.ii del convenio), Italia (art. 2.3.e del Protocolo), Luxemburgo (art. 24.3.c del convenio) y los Países Bajos (art. 26.2.c del convenio). No la prevé el nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002).

El volumen o la "sustancialidad" de las actividades desarrolladas en el Estado de la fuente y de residencia se concretan mediante la comparación de tres parámetros:

a) *El valor de los activos* utilizados en el Estado de residencia para desarrollar su actividad empresarial y de los utilizados en el Estado de la fuente para generar el rendimiento⁸⁰⁷ b) *Los rendimientos brutos* obtenidos en uno y otro Estado⁸⁰⁸ c) *Los gastos de personal (payroll)* en uno y otro Estado. En suma, la dimensión o el volumen de ambas entidades se concreta comparando el valor de sus activos, el rendimiento bruto obtenido por cada una y los gastos de personal que hayan soportado⁸⁰⁹.

Para efectuar la comparación, no se utilizan las magnitudes del ejercicio en el que se obtienen los rendimientos, sino las del ejercicio anterior o la media de los tres anteriores, indistintamente. Esta regla permite saber desde el primer día del ejercicio si este requisito se cumple.

"La prueba de sustancialidad" se supera si la media de cada uno de estos parámetros, individualmente, es superior al siete y medio por ciento (7,5 por 100) y la media de los tres es superior al diez por ciento (10 por 100). Para calcular estos porcentajes, deben realizarse los prorrateos correspondientes en los siguientes casos. En primer lugar, cuando la entidad perceptora del rendimiento tenga un porcentaje de participación inferior al cien por cien del capital y de los derechos de voto en la sociedad pagadora. En este caso el prorrateo se realiza con respecto a los activos, rendimientos brutos y gastos de personal de la entidad que paga el rendimiento. En segundo lugar, cuando la entidad que percibe el rendimiento cumple indirectamente el

⁸⁰⁷ Como señalan MORRISON, P.; BENNETT, M., "The New U.S.-Netherlands Treaty: Part I...", *cit.*, p. 339, nota 14, la aplicación de estos parámetros plantea múltiples problemas no resueltos por el convenio. Así, por ejemplo, a la hora de computar el activo no se indica si debe efectuarse por su valor de mercado, valor a efectos tributarios o bien por el valor contable. En nuestra opinión, con independencia del valor que se utilice, la solución debe ser la misma para los activos en fuente y en residencia. La normativa interna en materia del *branch tax* establece que debe seguirse el valor contable.

⁸⁰⁸ Respecto al significado de este concepto nos remitimos al apartado de la cláusula de propiedad y erosión en la base, ya que tienen el mismo significado.

⁸⁰⁹ Nótese que los tres parámetros coinciden con los que utiliza el método de cifra relativa o reparto proporcional para distribuir el beneficio entre las diferentes jurisdicciones en las que actúa una misma empresa. *Cfr.* apartado I.B del capítulo segundo.

requisito de realización de una actividad empresarial, debe realizar el correspondiente prorrateo. En este caso el prorrateo se produce respecto a los activos, rendimientos brutos y gastos de personal de la entidad que realiza la actividad empresarial en el Estado de residencia.

Este sistema de porcentajes es bastante complicado de aplicar pero, sin lugar a dudas, resuelve la incertidumbre que puede generar el concepto jurídico indeterminado utilizado para formular este requisito⁸¹⁰. A pesar de ello, se pueden plantear una serie de objeciones.

En primer lugar, este sistema de porcentajes parte de "la presunción" de que el tamaño de la economía de los EEUU —cuando es el Estado de la fuente— es significativamente mayor a la economía de cualquiera de los Estados de la Unión Europea con los que ha celebrado un convenio que incluye esta disposición. Ello se percibe en el hecho de que basta con que el volumen de la actividad en el Estado europeo represente al menos el diez por ciento de la actividad en EEUU para cumplir esta regla.

Lo verdaderamente extraño, como ha señalado la doctrina, es que se hayan establecido los mismos porcentajes en todos los convenios, cuando el tamaño de las economías de los Estados miembros de la Unión Europea es diferente⁸¹¹. En este sentido, el sistema hubiera sido más coherente si los porcentajes se hubieran establecido en función del tamaño real de la economía de cada Estado con respecto a la de EEUU⁸¹².

En segundo lugar, hay que hacer notar que, salvo en el convenio suscrito con los Países Bajos, los tres parámetros utilizados (activo, rendimiento bruto y gastos de

⁸¹⁰ Para facilitar su comprensión, al final de la explicación de esta cláusula se incluye un ejemplo.

⁸¹¹ Cfr. MORRISON, P.; BENNETT, M., "The New U.S.-Netherlands Treaty: Part I...", *cit.*, p. 339, nota 14, SHAFFNER, J., "Highlights...", *cit.*, p. 168, WINANDY, J., "Limitations...", *cit.*, p. 22 y STRAUCH, B., *Limitation...*, *cit.*, p. 66 y nota 181..

⁸¹² El convenio con Suiza no recoge estos porcentajes, pero en el Memorándum interpretativo se indica que a la hora de comparar el tamaño de las actividades en uno y otro Estado, debe tenerse presente también el distinto tamaño entre los mercados de uno y otro Estado. Cfr. COHEN, H.; POLLACK, L.; SCHERER, M., "Analysis...", *cit.*, p. 67.

personal) están referidos exclusivamente al territorio de cada Estado⁸¹³. Así, no se tomaran en consideración, por ejemplo, los activos que hayan podido contribuir al desarrollo de la actividad situados en un tercer Estado.

El convenio con los Países Bajos toma en consideración para la aplicación de estos porcentajes la actividad empresarial desarrollada en Estados miembros de la Unión Europea. Este régimen sólo es aplicable cuando la entidad perceptora del rendimiento es una entidad residente en los Países Bajos. Para ello el convenio establece la ficción de que la actividad empresarial desarrollada en otros Estados se entiende realizada en territorio holandés a los efectos de su cómputo.

No obstante, la aplicación no es automática. Para que sea posible, es necesario realizar previamente una comparación entre el volumen de la actividad desarrollada en los Países Bajos y la del resto de Estados de la Unión Europea. Los parámetros que se tienen en cuenta en la comparación son los mismos que los descritos anteriormente: valor de los activos, ingresos brutos y gastos de personal. En este paso previo es necesario que la actividad desarrollada en los Países Bajos, mediante el cómputo de esos tres parámetros, represente un porcentaje superior al quince por ciento del volumen de actividad generado en la Unión Europea. En este caso, no es necesario que los tres parámetros conjuntamente superen un determinado porcentaje.

Como se puede comprobar, para poder computar la actividad desarrollada en otros Estados de la Unión Europea, *la actividad en los Países Bajos debe alcanzar previamente un determinado volumen*⁸¹⁴. El convenio lo cifra en el quince por ciento (15 por 100) del conjunto de actividades en la Unión Europea. Si la actividad en los Países Bajos supera esa cifra, puede pasarse a la siguiente fase, en la que se compara la actividad en la Unión Europea con la actividad en EEUU.⁸¹⁵

⁸¹³ Cfr. TROUP, E., "Of Limited...", *cit.*, p. 100.

⁸¹⁴ Cfr. BENNETT, M.; MORRISON, P.; DANIELS, T.; DE HOSSON, F., *Commentary...*, *cit.*, p. 112.

⁸¹⁵ Cfr. DECARLO, J.; GRANWELL, A.; VAN WEEGHEL, S., "An Overview...", *cit.*, p. 277.

Cuando no se computa la actividad desarrollada en Estados miembros de la UE, cada uno de los tres parámetros tiene que superar el porcentaje del siete y medio por ciento (7,5 por 100) y la media de los tres el diez por ciento (10 por 100). Estos porcentajes se incrementan sensiblemente cuando se computa la actividad global en el territorio de la Unión. *El aumento de los porcentajes es lógico: al ampliarse el mercado objeto de comparación, también deben aumentarse los porcentajes.* Ya no se está comparando la actividad en EEUU con la actividad en los Países Bajos, sino con la actividad en la Unión Europea.. Los porcentajes individualizados (activos, rendimiento bruto y gastos de personal) pasan del siete y medio por ciento al cincuenta por ciento. La media de estos tres, pasa del diez por ciento al sesenta por ciento.

Teniendo en cuenta la cuantía de los porcentajes, puede que no tenga mucho sentido acogerse a esta opción. Los requisitos previstos para su aplicación presuponen en la mayoría de los casos el cumplimiento de los requisitos de la primera opción – sólo tener en cuenta la actividad en los Países Bajos. Como parece lógico, si se cumple lo primero, no tiene sentido entrar a conocer de lo segundo, porque el resultado siempre va a ser el mismo. Sería un esfuerzo innecesario sin ningún efecto práctico.

Para poder computar la actividad en otros Estados de la Unión, primero la actividad realizada en los Países Bajos debe representar el quince por ciento de la llevada a cabo en el conjunto de la Unión Europea. A su vez, cada parámetro, ya incluido los activos, rendimientos y gastos de personal “comunitarios”, deben superar el cincuenta por ciento. Si bien se mira, el quince por ciento del cincuenta por ciento es justamente el siete y medio por ciento. Este último porcentaje es el que, como mínimo, debe cumplir cada parámetro separadamente cuando solamente se computa la actividad en los Países Bajos. Eso indica que no tenga quizás mucho sentido utilizar esa opción, porque presupone el cumplimiento de la anterior.

Igual sucede con el porcentaje global del 60 y el 10 por 100. El 15 por 100 de 60, es el 9 por 100. Nótese que este porcentaje solamente es ligeramente inferior al exigido en la primera alternativa (10 por 100). Con todo ello, lo que queremos

demostrar es que en la segunda opción el volumen de actividad empresarial que debe realizarse en el Estado de residencia, en este caso los Países Bajos, es muy similar al que debe cumplirse en la primera opción. Por ello, serán escasos los supuestos en los que realmente compense acudir a la segunda alternativa, debido a que los nuevos porcentajes no exoneran de tener en los Países Bajos un volumen de activos, rendimientos y gastos de personal prácticamente idénticos a los previstos en la primera alternativa⁸¹⁶.

La opción prevista en el convenio holandés, por lo tanto, no tiene mucho sentido desde el punto de vista de "la prueba de sustancialidad". No obstante, sí puede tener sentido desde la óptica de último requisito de la cláusula de actividad, esto es, que los rendimientos obtenidos en la fuente estén directa o accesoriamente relacionados con la actividad en el Estado de residencia. Es posible que este requisito no se cumpla si sólo se tiene en cuenta la actividad en los Países Bajos. Por el contrario, puede que el requisito sí se cumpla mediante la inclusión de las actividades que la entidad realiza en otros Estados de la Unión Europea.

III.A.3.- Relación entre el rendimiento y la actividad: relación directa o accesoria

A) Relación directa

Según el Modelo EEUU, el rendimiento se obtiene en relación directa con la actividad empresarial *cuando la actividad en el Estado de la fuente que genera el rendimiento es una línea de producción que forma parte o es complementaria a la actividad empresarial desarrollada en el Estado de residencia.*

Este concepto no está definido en todos los convenios. Los convenios que prevén una definición siguen el Modelo EEUU. El convenio con Luxemburgo, además de lo previsto en ese Modelo, señala que se entenderá cumplido este requisito cuando el rendimiento generado en la fuente se obtenga en el curso de su actividad

⁸¹⁶ En este sentido, MORRISON, P.; BENNETT, M., "The New U.S.-Netherlands Treaty: Part I...", *cit.*, p. 339, PETERS, J.; HOLDEM, K.; SMITH, N., "Dividend mixer companies and the new US/DUTCH pact", *ITR*, núm. 2, 1995, p. 3 y BERNAN, D.; HYNES, J., "Limitation...", *cit.*, p. 703.

empresarial, siempre y cuando no sea titular de una participación, directa o indirecta, superior al cinco por ciento del capital de la entidad pagadora⁸¹⁷.

En una primera aproximación, la primera cuestión que hay que comprobar es la actividad de ambas entidades, la que paga el rendimiento y la que lo percibe. Debe existir un grado de integración entre ambas actividades. Su intensidad depende del hecho de que la actividad en la fuente constituya una línea de producción de la actividad en residencia o que simplemente sea complementaria.

En el primer caso, ambas entidades deben producir los mismos bienes o prestar servicios similares⁸¹⁸. La actividad en la fuente debe formar parte de una línea de producción de la actividad en residencia. Este nivel de integración puede ser de tres tipos: ascendente, descendente y en paralelo. Así, por ejemplo, es de carácter ascendente cuando la entidad en el Estado de residencia se dedica a suministrar los bienes necesarios para que la entidad en el Estado de la fuente lleve a cabo su proceso de producción. En un supuesto de relación descendente, la entidad en la fuente distribuye y vende en ese Estado los bienes producidos en residencia. Finalmente, la situación discurre en paralelo, porque realizan la misma actividad.

Cuando la relación directa es complementaria, según la TE del convenio con los Países Bajos, no es necesario que ambas entidades produzcan los mismos bienes o presten servicios similares. Basta con que operen en el mismo sector industrial y que los resultados favorables o adversos de una entidad afecten en la otra.

Como se puede comprobar, estos conceptos limitan significativamente los supuestos en los que existe relación directa. Hay que tener en cuenta que difícilmente se cumplirá la cláusula cuando ambas entidades operen en sectores de actividad muy distintos. En estos casos, a pesar de que ambas entidades realizan actividades empresariales y el rendimiento y el gasto se produce en el curso de dicha actividad, el

⁸¹⁷ Cfr. MUNTENDAM, F., "Luxembourg...", *cit.*, p. 39

⁸¹⁸ Para comprobar cuándo se cumple este requisito la TE del convenio con los Países Bajos indica que puede ser útil acudir al *Standard Industrial Classification*. Este es un documento de la Administración de los EEUU que recoge una clasificación de actividades por sectores. Cfr. BENNETT, M.; MORRISON, P.; DANIELS, T.; DE HOSSON, F., *Commentary...*, *cit.*, p. 93.

convenio no se aplicará. Así, por ejemplo, una empresa que presta servicios de asesoramiento tributario solamente tendría derecho al convenio si presta esos servicios a una empresa que desarrolla su actividad en el mismo sector.

Como ha señalado la doctrina, parece que el significado de estos conceptos solamente se han establecido teniendo en cuenta aquellos supuestos en los que la entidad del Estado de residencia participa en la entidad que paga el rendimiento⁸¹⁹. En efecto, los ejemplos previstos en los Memorándum explicativos del Modelo EEUU, del convenio con Alemania y los Países Bajos, sólo se refieren a situaciones en las que existe una participación en el capital de la entidad pagadora. Asimismo, los rendimientos en cuestión eran dividendos e intereses⁸²⁰.

En este sentido se ha propuesto, como sucedió en el convenio con Luxemburgo, que para delimitar si existe relación directa, no debe atenderse a la conexión entre el rendimiento y la actividad en el Estado de la fuente, sino a la actividad en el Estado de residencia⁸²¹. Para que haya conexión, el rendimiento generado en la fuente debe resultar de la actividad empresarial que realiza la sociedad perceptora en el Estado de residencia. Modificando la actividad con la que se efectúa la comparación, se facilita el cumplimiento de este requisito cuando la sociedad pagadora y perceptora operan en sectores de actividad distintos.

En suma, la relación solamente debe existir entre el rendimiento y la actividad empresarial de la entidad que lo percibe⁸²².

La doctrina ha señalado que esta corrección del término de comparación sólo debe efectuarse cuando el perceptor no participa directa o indirectamente en la entidad pagadora⁸²³. Así lo confirma el convenio con Luxemburgo, al requerir que la entidad

⁸¹⁹ Cfr. BENNETT, M.; MORRISON, P.; DANIELS, T.; DE HOSSON, F., *Commentary...*, cit., pp. 92 y 93.

⁸²⁰ Cfr. JACOB, F., et al., *Handbook...*, cit., pp. 21 a 27.

⁸²¹ Cfr. COHEN, H.; POLLACK, L.; SCHERER, M., "Analysis...", cit., p. 66.

⁸²² Esta es la opción plasmada en el nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002). También el término de comparación es el mismo cuando se trata del supuesto de relación accesoria.

⁸²³ Cfr. COHEN, H.; POLLACK, L.; SCHERER, M., "Analysis...", cit., p. 66

perceptora no debe tener una participación superior al cinco por ciento en el capital de la sociedad pagadora. Ello puede llevarnos a concluir que sólo cabe utilizar este método cuando no hay que cumplir la prueba de sustancialidad. Como vimos en el apartado anterior, sólo era necesario cumplir la cláusula de sustancialidad cuando mediaba una participación.

B) Relación accesoria

El Modelo EEUU considera que existe una relación accesoria cuando los rendimientos obtenidos en la fuente facilitan el desarrollo de la actividad empresarial realizada en el Estado de residencia de la sociedad que percibe el rendimiento⁸²⁴.

Los convenios con Alemania, Luxemburgo, los Países Bajos y Reino Unido contemplan un supuesto en el que se entiende que el rendimiento es accesorio: tienen carácter accesorio los rendimientos producidos por los activos adquiridos con cargo a los beneficios obtenidos en el curso de su actividad.

Como certeramente ha señalado la doctrina, el montante de rendimientos que pueden acceder al régimen del convenio es directamente proporcional a la amplitud con que se interprete la definición, antes señalada, de lo que es accesorio.⁸²⁵ Cada vez que se perciba un rendimiento habrá que comprobar si facilita la actividad empresarial del Estado de residencia⁸²⁶.

Finalmente, hay que mencionar que el convenio con los Países Bajos introduce un límite en esta materia. Cuando el contribuyente computa no sólo la actividad en los Países Bajos, sino también la que lleva a cabo en otros Estados miembros de la Unión Europea, el volumen total de "rendimientos accesorios comunitarios" no puede ser cuatro veces mayor a los rendimientos accesorios imputables a la actividad en los Países Bajos⁸²⁷.

⁸²⁴ Cfr. DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *The 1996...*, cit., p. 170.

⁸²⁵ Cfr. MORRISON, P.; BENNETT, M., "The New U.S.-Netherlands Treaty: Part I...", cit., p. 338.

⁸²⁶ Cfr. MUNTENDAM, F., "Luxembourg...", cit., p. 39.

⁸²⁷ Cfr. BERMAN, D.; HYNES, J., "Limitation...", cit., p. 704.

El requisito de la “sustancialidad”, como vimos, sólo se exige cuando la relación es directa. No obstante, el hecho de que existan rendimientos directamente relacionados no excluye la posibilidad de que existan también rendimientos accesorios. Por este motivo, cuando se computa la actividad comunitaria en el requisito de sustancialidad, también tiene efectos sobre los rendimientos accesorios, pero con el límite señalado.

III.A.4.- Consideración final

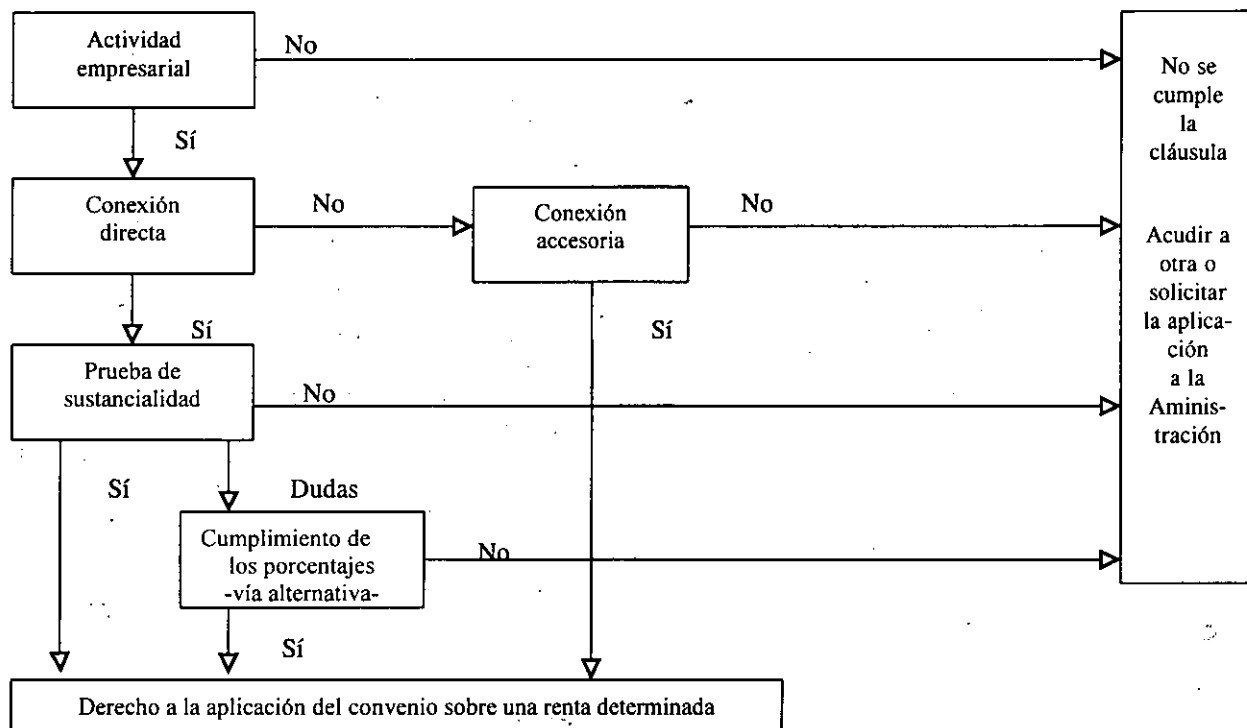
Al igual que sucede con las cláusulas anteriores, la complejidad de la cláusula de actividad es significativa. Como se puede comprobar en el cuadro recogido más abajo, son muchas fases por las que hay que pasar para determinar si se cumple la cláusula. La comprobación de su cumplimiento debe materializarse rendimiento por rendimiento. No obstante, para facilitar su cumplimiento, en la medida en que exista cierta similitud entre los rendimientos, y no hayan variado las circunstancias, debería exonerarse de la carga que supone comprobar el cumplimiento de la cláusula en todos los supuestos.

Por otro lado, los dos elementos esenciales de la cláusula, las características objetivas de la actividad y la relación de los rendimientos obtenidos con la misma, se han establecido en términos muy restrictivos. Es probable que muchas actividades que objetivamente son actividades empresariales legítimas, no puedan acceder a través de esta cláusula al convenio. Esta cláusula, aunque se aplica rendimiento por rendimiento, otorga directamente el régimen del convenio. De no cumplirse, el contribuyente sólo podrá acceder a los beneficios del convenio solicitándolo a la Administración.

III.A.5.- Cuadros

A continuación se recoge un cuadro sobre el funcionamiento general de la cláusula y un ejemplo de “la prueba de sustancialidad”.

I.- Cláusula de actividad: funcionamiento



II.- Ejemplo del requisito de la "sustancialidad"⁸²⁸

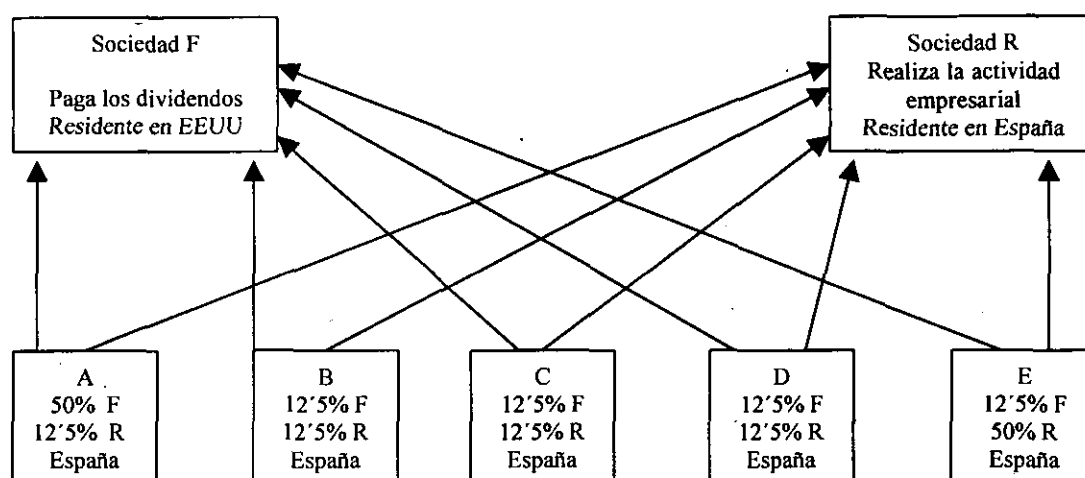
La sociedad F reside en EEUU. La sociedad F paga dividendos a las sociedades A, B, C, D y E, que residen en España. La sociedad R, residente en España, realiza una actividad empresarial en los términos del convenio. Esta actividad está directamente relacionados con los dividendos que paga la sociedad F a las sociedades A, B, C, D y E.

Los *activos* de la sociedad R están valorados en un millón de unidades de cuenta y los de la sociedad F en seis millones de unidades de cuenta. Los *rendimientos brutos* de R ascienden a diez millones y los de F a 40 millones. Los *gastos de personal* de R suman un millón y los de F cinco millones. Todos estos datos se refieren al período impositivo anterior al que se obtienen los rendimientos, tal y como dispone el convenio.

Los derechos de voto y el capital de la sociedad F están distribuidos de la siguiente manera. El 50 por 100 pertenece a la sociedad A y el resto, por partes iguales (12,5 por 100) pertenece a las sociedades B, C, D y E, todas ellas residentes en España.

Los derechos de voto y el capital de la sociedad R están distribuidos de la siguiente manera. El 50 por 100 pertenece a la sociedad E, y el resto, por partes iguales (12,5 por 100) a las sociedades A, B, C y D. Véase el siguiente esquema:

⁸²⁸ Ejemplo elaborado a partir del existente en el apartado XV del Memorándum del convenio entre EEUU y los Países Bajos y el contenido en STRAUCH, B., *Limitation...*, cit., pp. 66 y 67.



La sociedad F reparte dividendos a sus partícipes, esto es, A, B, C, D, y E. Aunque estas sociedades no realizan directamente una actividad empresarial en el Estado de residencia, sí lo hacen indirectamente, ya que todas ellas están vinculadas con la sociedad R, que es la que realiza una actividad empresarial.

Como las sociedades que perciben los rendimientos no tienen una participación del 100 por 100 en ninguna de las sociedades que intervienen, esto es, la sociedad F que es la que paga los rendimientos, y la sociedad R, que es la que realiza la actividad empresarial, a la hora de realizar el cálculo *habrá que prorratear en función de su participación*.

Las ratios se calculan multiplicando por 100 el resultado de dividir el volumen de activos, rendimientos íntegros y gastos de personal de la entidad que realiza la actividad empresarial, prorrateados en función de la participación, por el volumen de activos, rendimientos íntegros y gastos de personal de la entidad que paga los dividendos⁸²⁹. El resultado de realizar este cálculo es el que se indica en el cuadro siguiente:

| | R España | F EEUU | A España | B España | C España | D España | E España |
|-----------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Valor de los Activos | 1 millón | 6 millones | 4'2 % | 16'7% | 16'7 % | 16'7 % | 66'7 % |
| Rendimientos íntegros | 10 millones | 40 millones | 6'25 % | 25 % | 25 % | 25 % | 100 % |
| Gastos de personal | 1 millón | 5 millones | 5% | 20 % | 20 % | 20 % | 80% |
| Media de los valores | | | 5'2 % | 20'5% | 20'5 % | 20'5 % | 82'2 % |

Como se puede comprobar, todas las sociedades que perciben dividendos de la sociedad residente en EEUU tienen derecho a la aplicación del convenio menos la sociedad A. Es necesario cumplir simultáneamente los dos requisitos una vez realizado este cálculo. Todos los porcentajes de

⁸²⁹ Así, por ejemplo, la parte proporcional de la sociedad A en los activos de la sociedad R, dividido por la parte proporcional de la sociedad A en los activos de F y el resultado se multiplica por 100. El mismo paso hay que realizarlo con el resto de sociedades (B, C, D, y E) y con el resto de parámetros (rendimientos íntegros de ambas entidades y gastos de personal). Así, respecto a la sociedad A y la ratio del valor de los activos se calcula de la siguiente manera. En primer lugar, el numerador es el resultado de hallar el porcentaje de A en los activos de sociedad R en función de su participación, esto es, el 12'5 por 100 de un millón de unidades de cuenta (125.000). El denominador es el resultado de hallar el porcentaje de A en los activos de sociedad F en función de su participación, esto es, el 50 por 100 de seis millones de unidades de cuenta (3.000.000). El resultado se multiplica por cien, dando lugar al resultado redondeado de un 4'2 por 100.

cada parámetro (activos, rendimientos, personal) deben superar el 7'5 por 100. Seguidamente, la media de los tres debe ser superior al 10 por 100.

La sociedad A no supera en ningún caso el porcentaje del 7'5 por 100 y, por consiguiente, tampoco la media del 10 por 100. En el resto de casos se cumplen ambos requisitos, lo que implica los dividendos pagados por la sociedad estadounidense a las sociedades B, C, D y E tributarán como máximo al tipo del 15 por 100 previsto en el art. 10 del convenio entre España y Estados Unidos. Al ser el porcentaje de participación en la sociedad estadounidense inferior al 25 por 100 de los derechos de voto, no resulta aplicable el tipo reducido del 10 por 100. Los dividendos percibidos por la sociedad A tributarán al tipo establecido en la legislación interna estadounidense que, en la actualidad, asciende al 30 por 100.

Un caso más sencillo, partiendo de los mismos datos, se trataría del supuesto en que la sociedad residente en EEUU está participada íntegramente en el capital y los derechos de voto por la sociedad R, que es residente en España y realiza una actividad empresarial. Los porcentajes resultantes, teniendo en cuenta los mismos datos, serían del 16'6 por 100 para los activos, del 25 por 100 para los rendimientos íntegros y del 20 por 100 para los gastos de personal. La media de todos ellos es del 20 por 100, por lo que la sociedad R tendría derecho a la aplicación de los dividendos pagados por F, porque supera los porcentajes individuales del 7'5 por 100 y la media del 10 por 100 de los mismos.

III.B.- Cláusula de la administración central de un grupo internacional de sociedades (*Headquarters Companies*)

Esta cláusula sólo está prevista en los convenios con Austria, Francia y los Países Bajos. El Modelo EEUU no establece nada al respecto⁸³⁰. Esta cláusula autoriza la aplicación del convenio respecto a aquellas sociedades que tengan atribuida la administración central de un grupo empresarial internacional. A través de estas entidades se centraliza la dirección económica de las sociedades agrupadas (política de producción, política comercial, política de personal, etc.)⁸³¹. Piénsese en una sociedad residente en los Países Bajos que tiene atribuida la administración central de una serie de sociedades residentes en diversos Estados. La sociedad residente en los Países Bajos reclama la aplicación del convenio celebrado por su Estado de residencia con EEUU.

La TE del Modelo EEUU de 1996 considera que este tipo de actividad no constituye una actividad empresarial⁸³². En consecuencia, este tipo de entidades no puede acceder al convenio a través de la cláusula de actividad. Para permitir que se

⁸³⁰ Tampoco lo hace el nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002).

⁸³¹ Cfr. PAZ-ARES, C., "Uniones...", cit., p. 229.

⁸³² Señala el párrafo 311 de la TE "because a headquarters operation is in the business of managing investments, a company that functions solely as a headquarter company will not be considered to be engaged in an active trade or business for purposes of paragraph 3".

beneficien del convenio, los tratados mencionados han introducido esta disposición⁸³³. En esencia, *se trata de una modalidad especial de la cláusula de actividad*.

Los requisitos establecidos en los convenios tratan de garantizar que sólo las entidades que efectivamente ejercen la administración central de un grupo empresarial internacional puedan acceder al convenio en virtud de esta cláusula⁸³⁴.

Su cumplimiento, sin embargo, es bastante oneroso, habida cuenta de la complejidad y el número de requisitos establecidos⁸³⁵. Los convenios establecen un total de siete requisitos que pueden sistematizarse en tres grupos.

El primer grupo está referido a *la actividad que realiza la entidad que tiene atribuida la administración central del grupo empresarial internacional*. La sociedad que ejerce la dirección unitaria debe asumir una parte sustancial de la administración, dirección y supervisión del grupo (*substantial portion of the overall supervision and administration of a multinational corporate group*). Entre esas actividades puede encontrarse también la financiación de las filiales del grupo empresarial, pero siempre que no constituya esa su función exclusiva o principal⁸³⁶.

Aunque no se define en qué consisten esas funciones, en el Memorándum interpretativo del convenio holandés (apartado XVIII) se menciona la financiación del

⁸³³ Cfr. MORRISON, P.; BENNETT, M., "The New U.S.-Netherlands Treaty: Part I-...", *cit.*, p. 340. AMICO, J., "Planning Under Article 26 of the 1992 U.S.-Netherlands Tax Treaty", *TNI*, núm. 2, 1993, pp. 1336 ha señalado que esta cláusula se introdujo para que multinacionales holandesas como Philips o Shell pudieran tener derecho a la aplicación del convenio.

⁸³⁴ Cfr. GOOSSEN, H., "Limiting...", *cit.*, p. 33.

⁸³⁵ Cfr. SCHINABECK, M., "The Limitation...", *cit.*, p. 37. Señalan FOURNIER, C., "U.S.-France treaty...", *cit.*, p. 494 y SHAFFNER, J., "Highlights...", *cit.*, p. 170 que dado el gran número de requisitos exigidos lo más probable es que pocas sociedades puedan acceder a las disposiciones del convenio en aplicación de esta cláusula.

⁸³⁶ Como señala PAZ-ARES, C., "Uniones...", *cit.*, p. 230 que para que efectivamente pueda hablarse de una dirección unitaria parece necesario que al menos estén centralizadas las decisiones financieras (decisiones sobre las necesidades de capital y modos de cubrirlas, sobre políticas de dividendos y reservas, sobre redistribución de recursos financieros del grupo entre unos y otros, etc.) El requisito expuesto solo obliga a que la financiación del grupo no sea la actividad principal de la sede principal. Ello no sucederá cuando las decisiones a ese respecto, como debe de ser para entender que existe una dirección unitaria, se adoptan desde esa entidad, siempre y cuando se materialicen con cargo a fondos de otras entidades del grupo o de terceros.

grupo, el establecimiento de la política de precios, marketing, auditoría interna, comunicación y funciones de dirección.

El segundo conjunto de exigencias está relacionado con los rendimientos que percibe la sociedad que ejerce la dirección del grupo y los rendimientos obtenidos por las entidades que lo forman.

Las sociedades que forman parte del grupo deben residir y realizar actividades empresariales *en al menos cinco Estados*. Seguidamente, se prevén dos requisitos respecto a los rendimientos que, como mínimo y como máximo, pueden obtenerse en cada uno de los Estados en los que actúa el grupo.

Pues bien, en al menos cinco Estados de los que esté presente el grupo, deben obtenerse como mínimo el diez por ciento de los rendimientos íntegros del grupo. No obstante, en *ninguno* de ellos, salvo en el Estado donde reside la sociedad que tiene atribuida la administración central, los rendimientos íntegros obtenidos pueden superar el cincuenta por ciento del rendimiento íntegro del grupo⁸³⁷.

La sociedad que ejerce la dirección unitaria no debe obtener más del veinticinco por ciento de sus ingresos brutos en el Estado de la fuente. Además, *para que los rendimientos obtenidos en ese Estado se beneficien del convenio deben estar directa o accesoriamente relacionados con la actividad empresarial desarrollada por las sociedades del grupo*. Como se puede apreciar, *la aplicación del convenio se supedita a los mismos requisitos que en la cláusula de actividad*.

El cálculo de los porcentajes anteriores se realiza en atención a los rendimientos íntegros del ejercicio. No obstante, si conforme al rendimiento íntegro

⁸³⁷ Como señalan MORRISON, P.; BENNETT, M., "The New U.S.-Netherlands Treaty: Part I-...", *cit.*, p. 341, el centro de gravedad del grupo debe recaer sobre la sociedad que ejerce su dirección y gestión principal. Si dentro del grupo existe una entidad cuya actividad económica tiene una importancia significativa, más del 50 por 100 de los rendimientos globales del grupo, lo lógico es que se establezca en esa sociedad el centro de gravedad del grupo. Por este motivo, el convenio establece el requisito de que ninguna de las sociedades, distinta de la que ejerce la administración central, pueda tener ingresos por encima de dicha cuantía. De suceder lo contrario, lo lógico es que la administración central estuviera en esa entidad. Si no es así, se entiende que la estructura del grupo no obedece a razones estrictamente empresariales, sino a otros motivos, entre los que podía estar el *treaty shopping*.

del ejercicio no se cumplen los límites establecidos por dichos porcentajes, esta cláusula permite que el cálculo se realice con la media de los rendimientos íntegros de los cuatro ejercicios anteriores.

El último requisito consiste en que la sociedad que tiene atribuida la administración central del grupo debe estar sujeta en su Estado de residencia a las mismas normas tributarias que las sociedades que realizan una actividad empresarial. Por lo tanto, dicha sociedad no debe estar sujeta a un régimen privilegiado de tributación en el impuesto sobre la renta de las personas jurídicas en el Estado donde reside.

Como se puede comprobar, esta cláusula es muy exigente. La entidad, al igual que en la cláusula de actividad, debe probar que los rendimientos que obtiene en la fuente están relacionados directa o accesoriamente con una actividad empresarial. La única diferencia es que se toma la actividad empresarial del grupo. En este sentido, la cláusula permite acceder a todos los beneficios del convenio siempre y cuando todas las rentas obtenidas cumplan estos requisitos. Al igual que en la cláusula de actividad, habrá que comprobar individualizadamente –rendimiento por rendimiento– si ello es así.

III.C.- La cláusula de beneficios derivados (*derivative benefits*)

Esta cláusula es una *modalidad especial* de la cláusula de propiedad y erosión en la base. A diferencia de la cláusula general en esta materia, *la cláusula de beneficios derivados no otorga la condición de residente cualificado*. Los aspectos especiales de esta modalidad son esencialmente dos. En primer lugar, en ambas partes de la cláusula –propiedad y erosión en la base– se tienen en cuenta no sólo a residentes cualificados, sino también a residentes en Estados miembros de la Unión Europea, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el Espacio Económico Europeo⁸³⁸. Como se puede apreciar, este particular también se producía en otras cláusulas (cláusula de cotización en bolsa y cláusula de actividad).

⁸³⁸ En cuanto al significado del concepto de residente en Estados de la UE, TLCAN y EEE nos remitimos al apartado II.E.3.B.

El aspecto específico de esta cláusula es el propio concepto de “beneficio derivado” (*derivative benefit*) o “desgravación alternativa” (*alternative relief*)⁸³⁹. Los beneficios del convenio se condicionan al hecho de que el convenio celebrado entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia de los *partícipes* en la entidad que obtiene el rendimiento *no establezca un régimen menos favorable*.

Ejemplo: La sociedad R obtiene un canon en el Estado F. La sociedad R está controlada por personas residentes en el Estado T. El convenio entre el Estado R y el Estado F autoriza al Estado de la fuente a exigir un gravamen que no exceda del 5 por 100 del importe íntegro del canon. El convenio entre el Estado F y el Estado T atribuye al Estado de residencia el gravamen exclusivo sobre los cánones, por lo que el Estado de la fuente no puede exigir gravamen alguno. Como se puede comprobar, el régimen del convenio entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia de los partícipes (Estado T) *no* es “menos favorable” que el convenio entre aquél Estado y el Estado de residencia de la sociedad que obtiene el rendimiento (Estado R). Si el convenio entre el Estado F y el T autorizase un gravamen superior al 5 por 100, este convenio sería “menos favorable”.

La aplicación del convenio se condiciona al régimen establecido en otro convenio de doble imposición, el celebrado entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia de los partícipes en la entidad que reclama su aplicación⁸⁴⁰. Sólo si este último convenio establece un régimen igual o más favorable se cumplirá este requisito. En caso contrario, cuando establezca un régimen *menos favorable*, no se cumple la cláusula.

Los problemas que plantea el cumplimiento de este requisito –la existencia o no de un régimen menos favorable– se analizarán posteriormente. Con carácter general, debe señalarse que *el régimen objeto de comparación es el previsto en los convenios para la tributación en el Estado de la fuente*. Al compararse individualizadamente el régimen establecido para cada rendimiento, es posible que un mismo contribuyente no cumpla esta cláusula en todos los casos. Esto sucederá,

⁸³⁹ El concepto *derivative benefits clause* es el que utilizan los convenios celebrados por EEUU. Los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE proponen una cláusula similar denominada como cláusula de desgravación alternativa (*the alternative relief provision*). Su tenor es el siguiente: “Cuando se trate de disposiciones anti-elusión referidas a no residentes de un Estado contratante, puede establecerse que la expresión no se entenderá referida a los residentes de terceros Estados cuando esos Estados tengan convenio de doble imposición con el Estado contratante del que se reclama la desgravación impositiva y tales convenios reconozcan desgravaciones impositivas no inferiores a las que se reclaman al amparo de este Convenio”. Cfr. WURM, F., “Treaty Shopping...”, *cit.*, pp. 667 y 668.

⁸⁴⁰ Cfr. CROWDUS, W., “Highlights...”, *cit.*, p. 560.

fundamentalmente, en materia de dividendos, intereses y cánones, ya que son los rendimientos en los que los convenios mantienen más variaciones respecto a su tributación por obligación real.

Pues bien, esta cláusula, aunque no está prevista en el Modelo EEUU de 1996, se ha introducido en algunos de los convenios objeto de estudio (Dinamarca, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos y Reino Unido). La razón principal de que no se contemple en el Modelo EEUU de 1996 radica en que EEUU ha mantenido una postura contraria a la introducción de este tipo de cláusulas⁸⁴¹.

En una primera aproximación, hay que tener en cuenta que esta cláusula descarta la posibilidad de que se produzca *treaty shopping*. Si los partícipes reciben el mismo régimen de tributación en la fuente, o incluso mejor, en virtud del convenio celebrado con el Estado de la fuente por el Estado en el que residen, la obtención del rendimiento desde otro Estado mediante la interposición de una sociedad no aporta ningún beneficio añadido⁸⁴². Esta circunstancia excluye la existencia de motivos meramente fiscales para la obtención de los rendimientos generados en la fuente desde un determinado Estado.

No obstante, ante este planteamiento EEUU ha esgrimido una serie de argumentos en contra de la inclusión de estas cláusulas. En primer lugar, los convenios de doble imposición no deben analizarse aisladamente en atención al régimen específico establecido para cada tipo de rendimiento. Es posible que la negociación del régimen tributario para un rendimiento determinado, haya podido afectar sensiblemente a la regulación final establecida para el resto de rendimientos contemplados por el convenio⁸⁴³. Por este motivo, aunque el régimen de los convenios

⁸⁴¹ No obstante, hay que señalar que se introdujo por primera vez en el convenio de 1980 entre EEUU y Jamaica. Una disposición similar también estaba prevista en la versión de diciembre del Modelo EEUU de 1981. Cfr. BENNETT, M., "The U.S.-Netherlands...", *cit.*, p. 7. El nuevo párrafo núm. 20 de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE (versión 2002) no contempla esta cláusula.

⁸⁴² Cfr. ROSEMBLOOM, H.D., "Derivative benefits: Emerging US treaty policy", en VV.AA., *Essays on International Taxation*, Kluwer, Deventer, 1993, p. 336. Señala SHAFFNER, J., "Highlights...", *cit.*, p. 168 que la interposición de una sociedad entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia del inversor no comporta un mejor tratamiento tributario de las rentas obtenidas.

⁸⁴³ Cfr. BENNETT, M., "The U.S.-Netherlands...", *cit.*, p. 7.

objeto de comparación pueda coincidir respecto a un rendimiento en particular, la regulación del resto del convenio puede diferir sensiblemente⁸⁴⁴.

Esta visión global de los convenios para evitar la doble imposición, explica las reticencias, en un primer momento, de EEUU para negociar la inclusión de este tipo de cláusulas.

Junto a este motivo, también se ha esgrimido las dificultades de aplicación que entraña esta cláusula. Como veremos, en determinados casos puede resultar muy complejo establecer si los regímenes de ambos convenios son similares. Igualmente, no se aclara cómo deben resolverse los casos en los que los partícipes residen en más de un Estado y alguno de ellos no ha celebrado convenio con el Estado de la fuente o, de haber convenio, éste contempla un régimen “menos favorable”. Finalmente, la Administración tributaria del Estado de la fuente podría tener problemas para comprobar el efectivo cumplimiento de esta cláusula. El Estado de residencia del partícipe podría negarse a atender un requerimiento de información del Estado de la fuente en esta materia, porque se trataría de una cuestión no cubierta por el convenio. Nótese que la información requerida no es para la aplicación del convenio entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia del partícipe, sino del convenio con el Estado de residencia de la entidad en participa dicho sujeto⁸⁴⁵.

En esta misma línea, EEUU considera que este tipo de cláusulas podrían no ser bien acogidas por parte del Estado tercero (Estado de residencia del partícipe), porque podrían estar favoreciendo la acumulación de rendimientos en el Estado intermedio, mediante la utilización de sociedades base, por parte de residentes en el Estado

⁸⁴⁴ Como vimos en el apartado I.C del capítulo segundo, el régimen pactado es el resultado de un proceso de concesiones mutuas, claramente influenciados por los intereses económicos que cada Estado tenga en el otro y la importancia que cada uno atribuya al principio de residencia y fuente como criterios de sujeción al poder tributario. Señala ROSENBLOOM, H.D., “Derivative benefits...”, *cit.*, pp. 337 y 338 que esta cláusula salvaguarda los intereses de un Estado tanto en la faceta de Estado de la fuente como de Estado de residencia. Los residentes de su Estado obtienen, al menos, los mismos beneficios en el Estado tercero, ya que la cláusula de beneficios derivados exige que el convenio con el tercer Estado establezca, como mínimo, un régimen igual.

⁸⁴⁵ Cfr. BENNETT, M., “The U.S.-Netherlands...”, *cit.*, p. 8. En nuestra opinión, este problema puede plantearse cuando la cláusula de intercambio de información prevista en el convenio entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia del partícipe es una cláusula menor.

tercero⁸⁴⁶. Sin embargo, como señala BENNETT, esta cuestión no debería ser tomada en cuenta por EEUU, porque no le corresponde a él la adopción de medidas para preservar la obligación personal de contribuir del Estado tercero⁸⁴⁷. En el supuesto de que se produzca esa situación, corresponde a este último Estado la decisión acerca de la adopción de normas en materia de transparencia fiscal internacional. Aun así, las reticencias de EEUU sobre la base de este argumento pueden entenderse desde el punto de vista siguiente. La preocupación principal consiste en evitar que este tipo de cláusulas afecte a su posición negociadora en el futuro con los Estados terceros con los que también ha celebrado convenios de doble imposición. Sin duda, en el hipotético caso de que estas cláusulas pudieran fomentar el fenómeno anterior, podría influir negativamente en el Estado tercero para negociaciones futuras e, incluso, llevarle a terminar unilateralmente el convenio ya celebrado.

Los motivos expuestos no han impedido, sin embargo, el desarrollo de esta cláusula mediante su inclusión en los convenios celebrados por EEUU⁸⁴⁸. Su desarrollo se ha producido en conexión con la cláusula de propiedad y erosión en la base. En este sentido, este requisito se añade a una versión modificada de esa cláusula que computa no sólo los residentes cualificados, sino también los residentes en Estados miembros de la Unión Europea, del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y del Espacio Económico Europeo. De esta manera, esta norma es coherente con los presupuestos de las cláusulas de limitación de beneficios, exigiendo que el contribuyente tenga un vínculo suficiente con el Estado de residencia, presumiendo que se produce cuando sus partícipes son residentes en alguno de los Estados mencionados.

Por otro lado, también hay que percatarse que el ámbito de la cláusula es menor del que podría parecer, ya que solamente admite su aplicación cuando se trata de partícipes residentes en alguno de esos Estados (UE, TLCAN y EEE). En cualquier otro supuesto, aunque el convenio celebrado con el Estado de residencia del

⁸⁴⁶ Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., p. 238.

⁸⁴⁷ BENNETT, M., "The U.S.-Netherlands...", cit., p. 8.

⁸⁴⁸ Además de los convenios celebrados con Estados miembros de la Unión Europea, los convenios celebrados por EEUU con Canadá, Méjico y Suiza también la incluyen. Cfr. VAN WEEGHEL, S., *The Improper...*, cit., pp. 237 y 238.

partícipe no establezca un régimen “menos favorable”, no se tendrán en cuenta esos partícipes. Además, la circunstancia de que hay que cumplir –aunque extendida a los residentes en los Estados mencionados– la cláusula de propiedad y erosión en la base, hace muy difícil acceder al convenio a través de esta cláusula⁸⁴⁹. Aun así, no hay que olvidar que, aunque sólo sea limitadamente, esta cláusula contribuye a ampliar el número de sujetos que pueden acceder al convenio.

Su configuración en los seis convenios en los que está prevista no coincide exactamente. Una primera clasificación se referiría a su ámbito de aplicación. Así, se distinguiría entre los convenios que extienden su ámbito de aplicación al conjunto de las disposiciones del convenio (Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo y Reino Unido) y los convenios que sólo inciden sobre determinados rendimientos (Francia y los Países Bajos)⁸⁵⁰. Sin embargo, en la práctica no existe tal diferencia.

Los convenios pertenecientes al primer grupo *sólo* establecen este requisito – que el convenio celebrado con el Estado de residencia del partícipe no sea “menos favorable”– respecto a determinados rendimientos, precisamente los dividendos, intereses, cánones y el *branch tax* en el caso del convenio con Luxemburgo. Materialmente sólo existe una cláusula de beneficios derivados o desgravación alternativa, en la terminología de la OCDE, respecto a esos rendimientos. En cuanto al resto, el convenio sólo establece una cláusula de propiedad y erosión en la base que permite computar otros sujetos, además de aquéllos que son residentes cualificados. Por este motivo, en sentido estricto, no puede considerarse que exista una cláusula de beneficios derivados. Lo mismo sucede en el convenio con Francia. Este convenio sólo computa a los residentes en Estados miembros de la Unión Europea en materia de dividendos, intereses y cánones, pero lo hace sin exigir que los convenios celebrados por esos Estados no establezcan un régimen “menos favorable”.

En definitiva, teniendo en cuenta lo anterior, la cláusula de beneficios derivados, en los convenios objeto de estudio, sólo tiene un alcance limitado. En los

⁸⁴⁹ Cfr. DE LIGNIE, M., “Limitation...”, *cit.*, p. 73.

⁸⁵⁰ Esos rendimientos son los dividendos, intereses y cánones. El convenio con los Países Bajos añade el *branch tax*.

convenios en que existe esta cláusula en sentido estricto (Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos y Reino Unido) se aplica sobre los dividendos, intereses y cánones⁸⁵¹.

Otro criterio de clasificación tomaría en consideración el hecho de la existencia de un mínimo de "propiedad local". La cláusula de beneficios derivados se introduce en la cláusula de propiedad y erosión en la base. En la cláusula de propiedad y erosión en la base es necesario que un determinado porcentaje de la propiedad (capital y derechos de voto) pertenezca a residentes cualificados en alguno de los Estados parte del convenio. La cláusula de beneficios derivados posibilita que se computen, además, los residentes en Estados miembros de la UE, TLCAN y EEE. No obstante, algunos convenios (Francia y Países Bajos) requieren que un determinado porcentaje pertenezca a residentes cualificados, es decir, es necesario un determinado volumen de "propiedad local"⁸⁵². En el resto de convenios tal volumen de propiedad local no es necesario. En consecuencia, este criterio de clasificación distinguiría entre los supuestos en que es necesario un determinado volumen de propiedad local y los que no.

Finalmente, el último criterio de clasificación distinguiría entre los residentes no cualificados que se computan. Los seis convenios toman en consideración a los residentes en Estados de la Unión Europea. Los residentes en Estados miembros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte sólo están previstos en los convenios con Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo y Reino Unido. Finalmente, solamente los convenios con Dinamarca y Reino Unido computan los residentes en Estados miembros del Espacio Económico Europeo.

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, la configuración particular de esta cláusula se analizará en función del criterio de la exigencia de un determinado porcentaje de propiedad local.

⁸⁵¹ En el convenio con Luxemburgo y los Países Bajos también sobre el *branch tax*.

⁸⁵² No obstante y, como parece lógico, para que esta cláusula tenga algún efecto, reduce significativamente el porcentaje de propiedad local.

Los convenios con Francia y los Países Bajos son los únicos que establecen ese requisito. La distribución de la propiedad en estos convenios debe materializarse en el sentido siguiente. En primer lugar, más del treinta por ciento de los derechos de voto y del capital en la entidad que reclama la aplicación del convenio deben pertenecer, directa o indirectamente, *a residentes cualificados que residan en el mismo Estado que la entidad que reclama la aplicación del convenio*. Esta última precisión es ciertamente relevante⁸⁵³. En la cláusula de propiedad general se computaban *cualquier* residente cualificado, aunque no resida en el mismo Estado de la entidad que reclama la aplicación del convenio. En este supuesto, sin embargo, *es necesario que el residente cualificado resida en el mismo Estado, lo que sin duda limita el ámbito de aplicación de la cláusula*.

En segundo lugar, más del setenta por ciento de los derechos de voto y del capital de la sociedad deben pertenecer, directa o indirectamente, *a residentes cualificados y residentes en Estados miembros de la Unión Europea*⁸⁵⁴. Este segundo porcentaje, como se puede apreciar, no establece la limitación en cuanto al Estado en el que deben residir los residentes cualificados. Además, y esa es la especialidad de la cláusula de propiedad, se computan los residentes en Estados miembros de la Unión Europea.

Ambos porcentajes –más del treinta y el setenta por ciento- deben cumplirse simultáneamente⁸⁵⁵. Como parece lógico, los partícipes que se computan en el primer porcentaje, también se computan en el segundo, porque los primeros son residentes cualificados a todos los efectos. De no ser así, sería imposible el cumplimiento de la cláusula, porque si en ambos casos hay que sumar más del treinta y el setenta por

⁸⁵³ Esta cláusula en el convenio con los Países Bajos solamente está prevista cuando quién reclama la aplicación del convenio es una sociedad residente en los Países Bajos. No es aplicable cuando la sociedad reside en EEUU. En el convenio francés, y en el resto de los convenios, no sucede lo anterior. La cláusula se aplica en ambos casos. Respecto al convenio francés hay que señalar que recoge una particularidad respecto a cómo redacta este mismo convenio la cláusula de propiedad general. Como vimos en el apartado II.F.2.A, la redacción en sentido positivo o negativo de esta cláusula tenía consecuencias significativas. La cláusula de propiedad general del convenio francés se redacta *en sentido negativo* (más restrictivo). En cambio, *la cláusula de propiedad especial que estamos examinando se redacta en sentido positivo*. Cfr. SCHINABECK, M., "The Limitation...", *cit.*, pp. 36 y 37 y FOURNIER, C., "U.S.-France treaty...", *cit.*, p. 495.

⁸⁵⁴ Como he señalado, el convenio francés y holandés no contempla los residentes del TLCAN y EEE.

⁸⁵⁵ Cfr. SCHINABECK, M., "The Limitation...", *cit.*, p. 36.

ciento, el resultado final debería elevarse por encima del cien por cien, lo que es materialmente imposible.

Ejemplo: Una sociedad residente en Francia está participada de la siguiente manera: un 35 por 100 por residentes cualificados en Francia, un 10 por 100 por residentes cualificados en EEUU, un 25 por 100 por residentes en los Países Bajos, un 15 por 100 por residentes en Luxemburgo y un 15 por 100 por residentes en Suiza. A los efectos de la cláusula de propiedad general se computarían sólo los partícipes franceses y americanos. La cláusula de propiedad no se cumple por que no suman más del 50 por 100. Respecto a la modalidad especial, en el primer porcentaje (30 por 100) sólo se computan los partícipes franceses, ya que aquí sólo se toman en consideración los partícipes cualificados que residen en el mismo Estado de la entidad que reclama la aplicación del convenio. Este requisito se cumple, porque es superior al 30 por 100. En el segundo requisito (70 por 100), se computan *todos los residentes cualificados*, participación francesa y americana, y los partícipes residentes en Estados comunitarios. El requisito se cumple, ya que reúne una participación superior al 70 por 100. En esta caso es del 85 por 100.

El resto de convenios (Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo y Reino Unido) no exigen un mínimo de participación local. En estos convenios para cumplir la cláusula de propiedad, al menos el noventa y cinco por ciento de los derechos de voto y del capital deben pertenecer directa o indirectamente a residentes en Estados miembros de la Unión Europea o del Tratado de Libre Comercio de América del Norte –en el caso del convenio con Dinamarca y Reino Unido, también del Espacio Económico Europeo. Además, estos convenios requieren que, como máximo, ese porcentaje esté en manos de siete sociedades UE, TLCAN y EEE. Si la participación pertenece a un número mayor de sociedades, dado el tenor literal del convenio, no se cumpliría este aspecto de la cláusula de erosión en la base.

Aunque el porcentaje de participación es bastante alto, por lo menos esta cláusula permite que accedan al convenio sociedades que no están participadas en porcentaje alguno por residentes cualificados, es decir, residentes en alguno de los Estados parte del convenio que cumplen alguna de las cláusulas que otorgan esa condición⁸⁵⁶. Ello no quiere decir que los residentes cualificados no se computen. Las participaciones de estos últimos se computan en todo caso, ya que por el mero hecho de ser residentes cualificados adquieren también la condición de residentes en Estados

⁸⁵⁶ Por ejemplo, para un Estado como Luxemburgo, el hecho de que no se exija residentes cualificados en Estados que forman parte del convenio, EEUU o Luxemburgo, es muy relevante, porque la mayoría de sociedades luxemburguesas pertenecen a residentes en terceros Estados. SHAFFNER, J., "Highlights...", *cit.*, p. 169, señala que en 1996 solamente cuatro de los 224 bancos registrados en Luxemburgo pertenecían a residentes luxemburgueses.

miembros de alguna de esas organizaciones internacionales⁸⁵⁷. EEUU es miembro del TLCAN y los convenios objeto de estudio son precisamente los celebrados por EEUU con Estados comunitarios. Por lo tanto, por ejemplo, un residente cualificado en Luxemburgo en virtud del convenio entre Estado y EEUU, también es un residente en un Estado miembro a esos efectos.

Por lo demás, tanto en los casos en los que se exige un nivel de propiedad local como en los que no, la cláusula de beneficios derivados *no tiene efectos significativos sobre el requisito de erosión en la base*. La única especialidad radica en que se computarán, además de los residentes cualificados, los residentes en alguno de los Estados mencionados⁸⁵⁸.

Finalmente, hay que examinar la cuestión principal acerca del cumplimiento de esta cláusula, cuándo el convenio del Estado de residencia del partícipe establece un régimen "menos favorable".

La peculiaridad de este requisito radica en que *condiciona la aplicación de un convenio al régimen establecido en otro convenio*. Hay que comparar el régimen establecido en dos convenios. El régimen del convenio de doble imposición implicado se compara con el convenio celebrado entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia del partícipe. La cláusula se cumple cuando el régimen establecido en el último convenio es igual, o más beneficioso, que el primero.

El objeto de comparación es el *régimen de tributación en el Estado de la fuente previsto por los convenios*. Este proceso de comparación, en principio, es relativamente sencillo⁸⁵⁹. En materia de intereses y cánones se examina cuál es el techo de imposición establecido en cada convenio. Cuando el convenio celebrado entre

⁸⁵⁷ No es necesario que concurren partícipes residentes en la UE con partícipes TLCAN. Basta que conjunta o separadamente reúnan esa participación. Cfr. CUNNINGHAM, W., "Article 23...", *cit.*, p. 551.

⁸⁵⁸ Cfr. las consideraciones realizadas en el apartado II.F.3.B de este capítulo sobre la cláusula de erosión en la base.

⁸⁵⁹ Cfr. WINANDY, J., "Limitations...", *cit.*, p. 22.

el Estado de la fuente y el Estado de residencia del partícipe prevé un techo de imposición mayor, no se cumple la cláusula.

En materia de dividendos este proceso puede no resultar tan sencillo. Los convenios de doble imposición, con carácter general, establecen un régimen distinto en función del tipo de participación (participaciones empresariales o patrimoniales). *La dualidad de regímenes dificulta la identificación de los elementos que deben ser objeto de comparación.*

Pensemos en el siguiente supuesto: Según el convenio entre EEUU y el Estado R, los dividendos solamente pueden gravarse en la fuente al 15 por 100. Cuando se trate de participaciones empresariales (más del 25 por 100) el techo de imposición se reduce hasta el 5 por 100.

Una persona física residente en el Estado T, posee una participación del 20 por 100 en el capital de una sociedad residente en el Estado R. Esta sociedad tiene una participación el capital de una sociedad residente en EEUU que asciende al 50 por 100 de su capital. El convenio entre EEUU y el Estado T, establece el mismo régimen en materia de dividendos que el convenio entre EEUU y el Estado R.

Partiendo del supuesto de hecho, se plantean tres alternativas. En la primera, los elementos de comparación serían el convenio que se le aplica a la persona física (convenio EEUU/T) y el previsto para la sociedad residente en el Estado R (convenio EEUU/R). En este supuesto, no se cumple la cláusula. La participación que directamente posee la persona física sólo le habilita al tipo general previsto en el convenio entre EEUU y T (15 por 100). En cambio, la sociedad residente en el Estado R, recibe un mejor tratamiento, porque tiene derecho al tipo reducido previsto en el convenio EEUU y R (5 por 100).

En la segunda, se compararía el régimen tributario la sociedad residente en el Estado R en virtud del convenio entre EEUU y R, y el que sufriría esta misma sociedad si residiera en T (convenio EEUU/T). En este supuesto, sí se cumple la

cláusula. En ambos casos el régimen es el mismo (5 por 100 por la tenencia de una participación sustancial).

En último lugar, habría que analizar el gravamen que sufriría la persona física en el Estado de la fuente si residiera en el Estado R. Al igual que en el caso anterior, se cumple los términos de la cláusula. La persona física soporta el mismo gravamen en ambos Estados -15 por 100-, porque las participaciones que posee directamente no tienen derecho al gravamen reducido.

Los convenios que introducen una cláusula de beneficios derivados no han previsto, con carácter general, cómo debe resolverse esta cuestión. La primera alternativa ha sido rechazada por la doctrina porque los elementos objeto de comparación no son similares, además de ser la opción más restrictiva⁸⁶⁰. Para determinar si dos situaciones reciben un tratamiento diferente, en primer lugar *los elementos objeto de comparación deben ser similares*⁸⁶¹. En el primer caso, la comparación se realiza sobre situaciones que no lo son -se compara el régimen de la sociedad residente en R y de la persona física residente en T-. Por este motivo, dada la disimilitud de las situaciones comparadas, la primera alternativa ha sido descartada⁸⁶².

Las opciones segunda y tercera sí comparan situaciones *similares*. El único convenio que ha señalado expresamente cómo debe realizarse la comparación ha optado por la tercera alternativa⁸⁶³. Se trata del convenio con Luxemburgo. Esta solución es coherente con el fin de las cláusulas de limitación de beneficios. Estas normas pretenden evitar la aplicación de los convenios a sociedades interpuestas, cuyo

⁸⁶⁰ Cfr. WINANDY, J., "Limitations...", *cit.*, p. 23.

⁸⁶¹ Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., *Imposición directa, no discriminación y derecho comunitario*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 94.

⁸⁶² Cfr. WINANDY, J., "Limitations...", *cit.*, p. 23. No obstante, esta parece ser la opción adoptada por la Administración americana al interpretar el convenio con los Países Bajos en la TE. Cfr. BENNETT, M.; MORRISON, P.; DANIELS, T.; DE HOSSON, F., *Commentary...*, *cit.*, p. 121.

⁸⁶³ No obstante, del Memorándum interpretativo del convenio con los Países Bajos podría deducirse que debería seguirse la segunda opción. No obstante, esa referencia se establece con relación a los criterios para la aplicación de la cláusula general de buena fe, y no con respecto a la cláusula de beneficios derivados. Como veremos (apartado V.B), uno de los criterios para decidir si la Administración debe conceder los beneficios de los convenios es similar a la configuración de esta cláusula. Cfr. BENNETT, M.; MORRISON, P.; DANIELS, T.; DE HOSSON, F., *Commentary...*, *cit.*, pp. 121 y 122.

único fin es acceder al régimen de los convenios de doble imposición celebrados por un Estado. Uno de los criterios básicos de actuación de estas normas consiste en examinar *el lugar de residencia de los partícipes*⁸⁶⁴. En este sentido, es lógico que la cláusula de beneficios derivados compare el régimen que sufre el *partícipe* y no el de la entidad participada. Los beneficios del convenio se conceden, precisamente, porque el partícipe no obtiene beneficio alguno por la interposición de una sociedad. Esta situación *descarta* la posibilidad de que se produzca *treaty shopping*⁸⁶⁵. No obstante, hay que tener en cuenta que no se trata de una cuestión resuelta en todos los convenios que establecen esta cláusula. A pesar de ello, es probable que la tercera alternativa sea la que finalmente se adoptará, ya que el convenio con Luxemburgo resuelve esta cuestión a través de un acuerdo sobre la interpretación de convenio (intercambio de cartas de 3 de abril de 1996) y no en el propio texto del convenio. *Nótese que el único convenio que se ha referido específicamente a esta materia ha optado por la tercera alternativa*⁸⁶⁶.

En cualquier caso, si se cumple esta cláusula, no hay que perder de vista que *el convenio se aplica a la sociedad y no al partícipe*.

Se incorpora el cuadro siguiente para facilitar la comprensión de esta cláusula en los convenios examinados:

| | |
|---|--|
| Convenios que establecen una cláusula de propiedad y erosión en la base ampliada a residentes UE, TLCAN y EEE <i>sin cláusula de beneficios derivados</i> | Francia (pero sólo a dividendos, intereses y cánones) Dinamarca, Irlanda y Reino Unido (a todos los rendimientos del convenio menos dividendos, intereses y cánones) Luxemburgo (a todos los rendimientos del convenio menos dividendos, intereses, cánones y el <i>branch tax</i>) |
| Convenios que establecen una cláusula de propiedad y erosión en la base ampliada a residentes UE, TLCAN y EEE, <i>con cláusula de beneficios derivados</i> sobre determinados rendimientos (dividendos, intereses y | Países Bajos.- Este convenio añade el <i>branch tax</i> . Más del 30 por 100 de la sociedad deben pertenecer a residentes cualificados en los Países Bajos. Asimismo, más del 70 por 100 de la sociedad debe pertenecer a residentes cualificados y residentes UE. Dinamarca, Irlanda, Luxemburgo y Reino Unido.- Más |

⁸⁶⁴ Como señala WINANDY, J., "Limitations...", *cit.*, p. 23, las cláusulas de limitación de beneficios, materialmente, levantan el velo de la persona jurídica. Por lo tanto, el elemento de comparación debe ser el partícipe y no la propia persona jurídica.

⁸⁶⁵ *Cfr.* CROWDUS, W., "Highlights...", *cit.*, 1997, p. 560.

⁸⁶⁶ Respecto al convenio con Dinamarca, RASMUSSEN, M.; BERNHART, D., "The Limitation...", *cit.*, p. 147 (ejemplo núm. 15), implícitamente, resuelven la cuestión en el mismo sentido que el convenio con Luxemburgo.

| | |
|----------|--|
| cánones) | del 95 por 100 de la sociedad debe pertenecer a residentes cualificados, residentes UE, residentes TLCAN y residentes EEE (sólo en el caso de Dinamarca y Reino Unido) |
|----------|--|

IV.- Supuestos de exclusión

IV.A.- Cláusula del establecimiento permanente: operaciones triangulares y establecimientos permanentes situados en jurisdicciones de baja tributación

En el primer capítulo analizamos las posibilidades que ofrece la figura del establecimiento permanente en la planificación fiscal internacional. La tributación internacional del establecimiento permanente puede dar lugar a situaciones en las que se produce doble, incluso triple, imposición pero, también, puede desencadenar supuestos de no imposición⁸⁶⁷. Este último resultado puede lograrse combinando adecuadamente las diferencias existentes entre los convenios de doble imposición y la legislación interna de los Estados.

La utilización del establecimiento permanente en estructuras *treaty shopping* respondía al modelo “estrategia directa” o *direct conduit*. La tributación en el Estado de residencia de la sociedad intermedia se eliminaba atribuyendo los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente a un establecimiento permanente situado en una jurisdicción de baja tributación⁸⁶⁸. Igualmente, era necesario que el Estado intermedio no gravase los rendimientos atribuidos al establecimiento permanente⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷ Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento...*, cit., pp. 406 y 407.

⁸⁶⁸ Cfr. ALI, *International Aspects...*, cit., p. 137.

⁸⁶⁹ Ello se produce fundamentalmente cuando el Estado intermedio establece unilateralmente una exención para los rendimientos atribuidos al establecimiento permanente o bien cuando existe un convenio entre el Estado intermedio y el Estado de ubicación del establecimiento permanente que atribuye a este último Estado el gravamen exclusivo. Por otro lado, para evitar la realización de estas operaciones, la modificación de los Comentarios al Modelo de Convenio prevista para 2002, añaden los párrafos núm. 32.1 a los Comentarios al art. 10 (dividendos), núm. 25.1 a los Comentarios al art. 11 (intereses) y modifica el núm. 21 a los Comentarios al art. 12 (cánones), con el fin de *reafirmar* que solamente se produce la atribución al establecimiento permanente cuando el mismo desarrolla una actividad en el Estado de situación y las participaciones, préstamos e intangibles, o sus rendimientos, están vinculados efectivamente al activo del establecimiento. En nuestra opinión, esta modificación pretende que no se considere que existe una atribución al establecimiento cuando la misma es simulada y no real. Por este motivo, las modificaciones señaladas añaden que este supuesto puede ser corregido por las normas internas contra la evasión y elusión fiscal. En este caso, consideramos que simplemente habría que aplicar las medidas previstas para supuestos de simulación.

La finalidad de esta cláusula es, precisamente, *negar* la aplicación del convenio cuando se produce la situación expuesta. Como se puede apreciar, esta cláusula está prevista para *denegar la aplicación del convenio*. Esta norma, por lo tanto, presupone que el contribuyente tiene derecho a la aplicación del convenio en virtud de alguna de las cláusulas de limitación de beneficios anteriormente expuestas.

La denegación en estos supuestos de la aplicación del convenio, en una primera aproximación, podría introducir un elemento que no sería coherente con los presupuestos las cláusulas de limitación de beneficios. Si un contribuyente cumple alguna de estas cláusulas, se “presume” que tiene un vínculo suficiente con el Estado de residencia o motivos económicos válidos para obtener desde ese Estado el rendimiento. En principio, no es un presupuesto de estas cláusulas que los rendimientos obtenidos en la fuente sufran un determinado volumen de tributación en el Estado de residencia, o en cualquier otro lugar.

Pues bien, el presupuesto de la cláusula del establecimiento permanente es precisamente ese. Según esta cláusula, cuando los rendimientos se atribuyen a un establecimiento permanente situado en un tercer Estado *el convenio sólo se aplicará cuando soporten globalmente un determinado volumen de tributación*⁸⁷⁰. De ser efectivamente así, esta norma estaría introduciendo un elemento discordante con los presupuestos que subyacen a las cláusulas de limitación de beneficios. Sin embargo, como se desprende del análisis particularizado de los convenios que recogen esta cláusula, la misma ha sido convenientemente corregida para permitir que no se produzca tal discordancia. Con carácter general, esta cláusula no se aplica cuando los rendimientos atribuidos al establecimiento permanente se obtienen con relación a una actividad empresarial desarrollada por el propio establecimiento.

El análisis pormenorizado de esas correcciones se realizará posteriormente. Lo que conviene remarcar es que devuelven el sentido que tienen las cláusulas de limitación de beneficios. El convenio se aplicará a pesar de que exista un desplazamiento de la obtención de los rendimientos al establecimiento permanente

⁸⁷⁰ Cfr. DECARLO, J.; GRANWELL, A.; VAN WEEGHEL, S., “An Overview...”, *cit.*, p. 272.

situado en una jurisdicción de baja tributación, siempre y cuando exista un motivo económico válido, como es el desarrollo de una actividad empresarial por parte del mismo. En este caso, está justificada la aplicación del convenio, a pesar de que la tributación efectiva sea muy reducida⁸⁷¹.

Esta cláusula no está prevista en el Modelo EEUU 1996, ni tampoco en el Modelo OCDE. No obstante, en los Comentarios al Modelo OCDE se encuentran algunas referencias a este tipo de conductas⁸⁷².

Como regla general, el Modelo OCDE establece que los rendimientos atribuidos al establecimiento permanente sólo tributan en el Estado donde se encuentra ubicado. Los rendimientos atribuidos al establecimiento estarán, por lo tanto, exentos de tributación en el Estado de residencia de la persona a la que pertenece el establecimiento permanente. Los Comentarios al art. 24 (párrafo 53) señalan lo siguiente:

"Si el Estado contratante del cual la empresa es residente exime de gravamen los beneficios del establecimiento permanente situado en el otro Estado contratante, existe el peligro de que la empresa transfiera sus activos tales como acciones, obligaciones o patentes a establecimientos permanentes en Estados que ofrezcan un régimen fiscal particularmente favorable, y en ciertas condiciones puede resultar que la renta en cuestión no sea gravada por ninguno de los tres Estados. Para evitar tales prácticas, que pueden considerarse como abusivas, puede incluirse, en el convenio entre el Estado de residencia de la empresa y el tercer Estado (el Estado de la fuente) una disposición que establezca que una empresa no puede reclamar los beneficios del convenio más que cuando las rentas obtenidas por el establecimiento permanente situado en el otro Estado son gravadas normalmente en el Estado del establecimiento permanente".

En el sentido propuesto por la OCDE es cómo finalmente se ha materializado esta disposición en los convenios celebrados por EEUU con Austria, Francia, Irlanda,

⁸⁷¹ No obstante, no hay que olvidar que esta disposición no se refiere a los supuestos en que la atribución al establecimiento del rendimiento es simulada. Cuando la atribución es simulada, simplemente los rendimientos tributarán en el Estado de residencia de la entidad a la que pertenece el establecimiento. Cuando la atribución es efectiva, no puede negarse el régimen del convenio. Otra cosa es que esta cláusula considere que no se aplica el convenio, a pesar de que la atribución al establecimiento es efectiva, cuando éste sufra una imposición muy reducida. No obstante, incluso cuando se produce este extremo, se mantiene la aplicación del convenio si el establecimiento desarrolla una actividad empresarial con la que se encuentran relacionados los rendimientos que se le atribuyen.

⁸⁷² Estas referencias se incluyeron en los Comentarios a partir de las propuestas contenidas en el informe de la OCDE, "Triangular Cases", en *Model Tax Conventions on Income and on Capital*, II, OCDE, París, 1997.

Luxemburgo y los Países Bajos⁸⁷³. La razón de que esta cláusula sólo se prevea en determinados convenios puede radicar en el hecho de que la viabilidad de esta estructura depende en gran medida del tratamiento que el Estado de residencia (Estado intermedio) otorgue a los rendimientos que se atribuyen al establecimiento permanente. El dato decisivo radica en que el Estado de residencia utilice el método de exención. Ello explica, por ejemplo, que en el convenio con Francia, formalmente esta disposición solamente se aplique cuando la entidad reside en Francia⁸⁷⁴. Materialmente esta estructura no puede producirse cuando la entidad es residente en EEUU, porque este Estado no utiliza el método de exención para eliminar la doble imposición internacional que puede sufrir el establecimiento permanente⁸⁷⁵. Por este motivo, aunque en determinados convenios la cláusula del establecimiento permanente afecta a ambos Estados parte, en la práctica sólo tendrá efectos cuando la entidad resida en un Estado distinto de los EEUU.

De hecho, dada la redacción de los convenios con Francia, Irlanda y Luxemburgo, *la cláusula del establecimiento permanente sólo se aplica cuando los rendimientos están exentos en el Estado de residencia, o lo que es lo mismo, cuando no hayan sufrido tributación alguna*⁸⁷⁶. Como se puede apreciar, técnicamente, cuando

⁸⁷³ Los convenios celebrados por EEUU no han seguido las propuestas del *American Law Institute*. Este organismo proponía negar la aplicación del convenio a estas estructuras cuando el Estado de residencia utiliza el método de exención para eliminar la doble imposición del establecimiento permanente situado en un tercer Estado. Este método de exención puede estar establecido bien en la legislación interna o en el convenio de doble imposición celebrado con el Estado de ubicación del establecimiento. Según el ALI, en estos casos sólo se aplica el convenio respecto a los rendimientos atribuidos al establecimiento si EEUU ha celebrado un convenio de doble imposición con el Estado donde el mismo se encuentra ubicado. En el caso que el convenio con el Estado de residencia y con el Estado del establecimiento prevean regímenes distintos, se aplicará el convenio que establezca el régimen más gravoso. Como indica el ALI, este método pretende evitar los problemas que plantea determinar cuando "las rentas obtenidas por el establecimiento permanente situado en el otro Estado son gravadas normalmente en el Estado del establecimiento permanente". Cfr. ALI, *International Aspects...*, cit., pp. 139 y 140.

⁸⁷⁴ También sucedió lo mismo en los convenios con Austria e Irlanda. Cfr. SCHUCH, J.; TOIFL, G., "Highlights...", cit., p. 29.

⁸⁷⁵ Cfr. MORRISON, P.; BENNETT, M., "The New U.S.-Netherlands Treaty: Part I-Limitation on Benefits and Related Issues", *TNI*, núm. 2, 1993, p. 343; KEIJZER, H.; LARKING, B., "Netherlands/U.S. Protocol to counter tax haven structures", *ITR*, núm. 12, 1993, p. 2 y SCHINABECK, M., "The Limitation...", cit., p. 37. El método de exención para los rendimientos obtenidos en terceros Estados es relativamente novedoso en Irlanda. Se introdujo en 1995 en la legislación interna. Cfr. CUNNINGHAM, W., "Article 23...", cit., p. 551, nota 21, describe los requisitos de la exención. No obstante, hasta la fecha no ha tenido mucha aplicación en la práctica, toda vez que se trata de una exención rogada y son escasas las solicitudes formuladas.

⁸⁷⁶ Cfr. COHEN, H.; POLLACK, L.; SCHERER, M., "Analysis...", cit., p. 71 y BERMAN, D.; HYNES, J., "Limitation...", cit., p. 707.

esos rendimientos tributan en el Estado de residencia, aunque sea mínimamente, la cláusula no será aplicable. Piénsese en la existencia de una exención del noventa y nueve por ciento del rendimiento.

Esta redacción no contribuye a la realización de la *finalidad primera* de la cláusula, esto es, *que los rendimientos sufran un determinado margen de tributación*. Dada su configuración en esos tres convenios, la aplicación de la cláusula puede eludirse fácilmente, sin que se cumpla el presupuesto sobre el que la misma se ha establecido. Por este motivo, consideramos que la redacción de esta cláusula en los convenios con Austria y los Países Bajos es más acertada, toda vez que no establece como requisito para su aplicación, que los rendimientos estén *exentos* en el Estado de residencia. Lo principal es examinar cuál es la tributación sufrida por el rendimiento en el Estado de residencia y en el Estado del establecimiento, para determinar si se ha producido una "tributación normal".

El principal problema de este tipo de cláusulas –particular que no resuelven los Comentarios al Modelo OCDE– consiste en determinar cuándo el rendimiento atribuido al establecimiento permanente se ha "gravado normalmente". Los convenios prevén una regla objetiva para eliminar la incertidumbre que puede provocar el concepto anterior. Así, se aplicarán las consecuencias de la cláusula cuando la tributación sufrida por los rendimientos *en el Estado de residencia de la entidad y en el Estado de situación del establecimiento permanente* sea inferior, en un determinado porcentaje, al gravamen que hubieran sufrido en el Estado de residencia de no haberse atribuido esos rendimientos al establecimiento permanente.

Los convenios con Irlanda y Luxemburgo establecen el porcentaje del cincuenta por ciento. Los convenios con Austria, Francia y los Países Bajos lo fijan en el sesenta por ciento⁸⁷⁷. Tomando como ejemplo el convenio con Luxemburgo, se aplicará la disposición cuando la tributación que se produce en el Estado de residencia y en el Estado de situación del establecimiento permanente es inferior al cincuenta por

⁸⁷⁷ No obstante, el convenio holandés establece un régimen transitorio, en virtud del cual ese porcentaje de tributación hasta el uno de enero de 1998 asciende al 50 por 100. A partir de esa fecha, el porcentaje es del 60 por 100. Cfr. KEIJZER, H.; LARKING, B., "Netherlands/U.S. Protocol...", *cit.*, p. 2.

ciento del impuesto que hubiera habido que pagar, *en el Estado de residencia*, de no haberse atribuido el rendimiento al establecimiento permanente.

En los convenios con Francia y Luxemburgo, como se deduce de su redacción, el término de comparación es la tributación efectiva que hubiera sufrido el rendimiento en el Estado de residencia de no haberse imputado al establecimiento permanente. Como parece lógico, habrá que determinar cuál hubiera sido el tipo efectivo de gravamen de la sociedad en el caso de que no se hubiera atribuido el rendimiento al establecimiento. Por el contrario, en los convenios con Austria, Irlanda y los Países Bajos el término de comparación no parecer ser ese⁸⁷⁸. En estos convenios el término de comparación es *el tipo general del impuesto sobre sociedades vigente en el Estado de residencia*. En estos casos, el porcentaje del sesenta o el cincuenta por ciento, según proceda, no debe aplicarse sobre el tipo efectivo sufrido por la sociedad, sino sobre el tipo general previsto en la legislación del Estado correspondiente. Esta forma de realizar el cálculo, materialmente, incrementa el gravamen que debe soportar el rendimiento atribuido al establecimiento, toda vez que los tipos efectivos de gravamen suelen ser inferiores a los tipos establecidos en la legislación.

Ejemplo: Una sociedad residente en los Países Bajos obtiene cánones en EEUU que se atribuyen a un establecimiento permanente situado en las Antillas holandesas. Como consecuencia del régimen tributario de ese territorio, no se produce tributación alguna. Asimismo, estos rendimientos se benefician del método de exención de la legislación holandesa. Los cánones de no haberse atribuido al establecimiento permanente, hubieran tributado en los Países Bajos al tipo medio efectivo de la sociedad que es, imaginemos, del 20 por 100. El tipo general en los Países Bajos es el 35 por 100 (*ficticio*). Si tomamos el tipo efectivo, la tributación del rendimiento debe ser superior al 12 por 100. Si tomamos el tipo general, la tributación del rendimiento debe ser superior al 21 por 100. En cualquier caso, en este supuesto la cláusula es aplicable, porque los rendimientos no han sufrido tributación alguna.

Una vez cumplidos los requisitos de la cláusula hay que analizar cuáles son sus consecuencias. A este respecto pueden distinguirse dos tipos de convenios en función del ámbito de aplicación de la cláusula.

⁸⁷⁸ A pesar de la claridad con que se expresa el convenio austriaco, SCHUCH, J.; TOIFL, G., "Highlights...", *cit.*, p. 29, parecen sostener que el cálculo debe efectuarse como en el convenio con Francia y Luxemburgo.

En primer lugar se encuentran los convenios con Francia, Irlanda y Luxemburgo. La cláusula es general porque *todos los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente resultan afectados*. Cualquiera que sea la naturaleza del rendimiento atribuido al establecimiento permanente, habrá que comprobar si se superan los umbrales de tributación previstos en los convenios. Cuando ello no sucede, *el Estado de la fuente recupera el derecho a gravar esos rendimientos sin los límites establecidos por el convenio*. No obstante, en los tres casos se mantienen parcialmente los beneficios del convenio, a pesar de aplicarse la cláusula, en materia de dividendos, intereses y cánones. Estos rendimientos no podrán gravarse en el Estado de la fuente por encima del quince por ciento de su importe bruto. Este techo de imposición, aunque sea superior al previsto para los mismos por el convenio, es sensiblemente inferior, por ejemplo, al establecido por la legislación interna estadounidense (treinta por ciento)⁸⁷⁹.

El ámbito de aplicación de la cláusula del establecimiento permanente es parcial en los convenios con Austria y los Países Bajos. Únicamente incide sobre los intereses y los cánones. En este supuesto, solamente en el convenio con los Países Bajos se establece un techo de imposición del quince por ciento, al igual que en el caso anterior, cuando la cláusula es aplicable. Por lo tanto, en el convenio con Austria, si la cláusula del establecimiento permanente es aplicable a los intereses y cánones obtenidos en EEUU, este Estado podrá gravarlos de acuerdo con su legislación interna sin verse constreñido por los límites del convenio. En el convenio con los Países Bajos, el gravamen no podrá superar el techo de imposición del quince por ciento del rendimiento bruto.

Finalmente, los convenios establecen dos excepciones a la aplicación de esta cláusula. La primera —el desarrollo de una actividad empresarial por el establecimiento permanente—, está prevista en los cinco convenios. *Esta excepción permite que la cláusula del establecimiento permanente pueda ser coherente con los presupuestos que*

⁸⁷⁹ En el ejemplo señalado, los cánones obtenidos en EEUU por una sociedad holandesa no tributarían en EEUU de aplicarse completamente el convenio. Al cumplirse los presupuestos de la cláusula del establecimiento permanente, como máximo tributarán por el 15 por 100 del rendimiento bruto. De no existir este límite especial, tributarían al 30 por 100 de acuerdo con la legislación americana.

subyacen a las cláusulas de limitación de beneficios. Se mantiene la aplicación del convenio; a pesar de la baja tributación del rendimiento, porque existen motivos económicos válidos que justifican la atribución del rendimiento al establecimiento permanente. Además, no hay que perder de vista que la entidad a la que pertenece el establecimiento tiene derecho a la aplicación del convenio porque cumple alguna de las cláusulas de limitación de beneficios. De ahí que tanto el establecimiento como la entidad a la que pertenece, cumplen alguno de los presupuestos de las cláusulas de limitación de beneficios.

La excepción está establecida en términos análogos a la cláusula de actividad⁸⁸⁰. Los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente deben estar directa o accesoriamente relacionados con una actividad empresarial desarrollada *por el establecimiento permanente*⁸⁸¹. Al igual que en la cláusula de actividad, no se considera actividad empresarial la mera realización o gestión de inversiones. Los problemas de aplicación de esta excepción deben resolverse igualmente que en la cláusula de actividad, por lo que nos remitimos al apartado correspondiente⁸⁸². Solamente hay que destacar que los convenios formalmente no recogen el requisito de la "sustancialidad", por lo que se puede considerar que el mismo no es exigible en estos casos⁸⁸³.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener presente que *el hecho de que la excepción se establezca en términos semejantes a la cláusula de actividad, no quiere decir, sin embargo, que la entidad en la que se integra el establecimiento permanente deba acceder necesariamente al convenio a través de esa cláusula.* Este aspecto es

⁸⁸⁰ Cfr. WALSH, M., "An Irish View...", *cit.*, p. 329.

⁸⁸¹ Cfr. CUNNINGHAM, W., "Article 23...", *cit.*, pp. 551 y 552.

⁸⁸² En materia de cánones, los convenios con Austria y los Países Bajos no hacen referencia expresa a la cláusula de actividad. Sólo señalan que no se denegará la aplicación de los beneficios del convenio si el canon retribuye la utilización de un intangible desarrollado por el establecimiento permanente. Es importante significar que los convenios sólo señalan que el intangible ha debido desarrollarse "por" el establecimiento permanente (*by the permanent establishment*), lo que no implica que necesariamente el intangible se haya desarrollado "en" el Estado de situación del establecimiento permanente (*in the permanent establishment*). Dada la redacción, debe admitirse esta excepción, por ejemplo, cuando el intangible se ha desarrollado en un tercer Estado, pero la financiación necesaria para ello ha sido aportada por el establecimiento permanente. Cfr. KEIJZER, H.; LARKING, B., "Netherlands/U.S. Protocol...", *cit.*, p. 3 y STRAUCH, B., *Limitation...*, *cit.*, p. 102.

⁸⁸³ Cfr. KEIJZER, H.; LARKING, B., "Netherlands/U.S. Protocol...", *cit.*, pp. 3 y 4 y STRAUCH, B., *Limitation...*, *cit.*, p. 101.

independiente para que la excepción sea aplicable, bastará con el cumplimiento de cualesquiera de las cláusulas del convenio que, en su caso, podría tratarse de la propia cláusula de actividad. No obstante, es improbable que ello sea así⁸⁸⁴. Como vimos a la hora de analizar la cláusula de actividad, su aplicación se efectúa examinando individualmente los rendimientos obtenidos por la sociedad en el Estado de residencia. Solamente si el rendimiento obtenido en el Estado de la fuente está relacionado directa o accesoriamente con una actividad empresarial *realizada en el Estado de residencia*, tendrá derecho a la aplicación del convenio. Cuando la actividad empresarial se desarrolla en un establecimiento permanente situado en un tercer Estado, no se tendrá en cuenta a los efectos del cumplimiento de la cláusula de actividad, porque *sólo toman en consideración las actividades empresariales realizadas en el Estado de residencia*, lo que no sucede en este caso. Como vimos, solamente el convenio con los Países Bajos podría ser objeto de aplicación la cláusula de actividad respecto a los rendimientos atribuibles al establecimiento permanente, porque permite el cómputo de las actividades empresariales llevadas a cabo en otros Estados de la Unión Europea. En consecuencia, si el establecimiento permanente está situado en uno de los Estados que integran la UE, podría computarse. De todas formas, esa posibilidad prevista en el convenio con los Países Bajos, aunque en principio puede parecer interesante, de hecho en la práctica no lo es, porque se incrementan sensiblemente los porcentajes que hay que cumplir para superar “la prueba de la sustancialidad”.

La segunda excepción sólo está prevista en los convenios con Austria y Francia. Se *mantiene* la aplicación del convenio cuando los rendimientos afectados por esta cláusula están sujetos a tributación en cualquiera de los Estados parte, en virtud de una norma sobre transparencia fiscal internacional⁸⁸⁵. Esta cláusula en el convenio austriaco solamente está prevista en un sentido, cuando los EEUU graven esa renta en virtud de ese régimen. Las razones que pueden explicar lo anterior son el hecho de que sólo se aplica la cláusula cuando la sociedad a la que pertenece el establecimiento reside en Austria y que este Estado, como señala STRAUCH, al tiempo de celebrar el convenio no tenía normas sobre transparencia fiscal internacional⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ Cfr. KEIJZER, H.; LARKING, B., “Netherlands/U.S. Protocol...”, *cit.*, p. 3.

⁸⁸⁵ Cfr. SCHUCH, J.; TOIFL, G., “Highlights...”, *cit.*, p. 29.

⁸⁸⁶ STRAUCH, B., *Limitation...*, *cit.*, pp. 102 y 103.

Por lo demás, esta excepción está en sintonía *con el fin de esta cláusula*, esto es, que los rendimientos sufran un volumen de tributación razonable. Este particular se logra cuando tributan en aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional, aunque dicha tributación se materializa en un Estado distinto al de ubicación del establecimiento. Esta excepción, a diferencia que la primera, no introduce ninguno de los presupuestos sobre los que se asientan las cláusulas de limitación de beneficios.

IV.B.- La cláusula de exclusión (*the exclusion approach*)

IV.B.1.- Configuración y fundamento

Entre los métodos propuestos por la OCDE en los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE se encuentra la cláusula de exclusión (*the exclusion approach*)⁸⁸⁷. Su finalidad consiste en excluir, total o parcialmente, de la aplicación del convenio a determinadas entidades y regímenes tributarios idóneos para canalizar estructuras *treaty shopping* desde el Estado de residencia.

El fin de las estructuras *treaty shopping* consiste en reducir la tributación en la fuente de un determinado rendimiento a través de un convenio de doble imposición. Ello se consigue, bien porque atribuye la competencia exclusiva para gravar el rendimiento al Estado de residencia, o bien porque limita la imposición de la misma en el Estado de la fuente. A la hora de configurar esta operación de planificación fiscal, no sólo es necesario elegir el convenio suscrito por el Estado de la fuente que reduce en mayor medida la tributación en ese Estado. También es imprescindible que la legislación del Estado de residencia permita "canalizar" los rendimientos objeto de

⁸⁸⁷ Los Comentarios recogen este método propuesto en el informe "Double taxation conventions and the use of conduit companies", *cit.* También se encuentra propuesto en el informe de la ONU, *Contributions...*, *cit.* El Modelo EEUU no lo contempla. Sin embargo, los convenios con EEUU lo han utilizado en los convenios con Luxemburgo y Portugal. Cfr. ALI, *International Aspects...*, *cit.*, p. 153. El método de exclusión está previsto en los párrafos núms. 15 y 16 de los Comentarios al art. 1. En la modificación de los Comentarios propuestas para 2002 este método pasa a estar regulado en el párrafo núm. 21. Además se añaden una serie de apartados con el fin de convertir este método en el medio para excluir de la aplicación del convenio a aquellas entidades que disfrutaban en el Estado de residencia de un régimen fiscal calificado como dañino a tenor de los criterios utilizados por la OCDE. Posteriormente nos detendremos en este aspecto.

la estructura *treaty shopping* hacia el Estado donde reside el titular original de los mismos, al menor coste fiscal posible. Para ello deben concurrir dos circunstancias: que los rendimientos no tributen, o lo hagan mínimamente, en el Estado de residencia de la sociedad intermedia y que no estén sujetos a imposición cuando se transfieran hacia un tercer Estado.

Las dos últimas fases de la estructura dependen, en gran medida, de la existencia de un régimen tributario en el Estado intermedio que lo permita. La finalidad de este método consiste en excluir expresamente de la aplicación del convenio a las entidades que disfrutan de un régimen tributario que permite lo anterior. En este sentido, hay que significar una diferencia fundamental con las cláusulas de limitación de beneficios anteriores. El cumplimiento de estas cláusulas *otorga el derecho a la aplicación del convenio. El cumplimiento de la cláusula de exclusión impide tener acceso al convenio de doble imposición.*

La exclusión puede ser total o parcial. La primera solución, como señala la OCDE, es la más radical, dado que excluye a los sujetos afectados del ámbito de aplicación del convenio. La segunda alternativa es más flexible. Solamente privaría a las entidades afectadas de la exención o reducción de la tributación en el Estado de la fuente prevista en el convenio. En estos términos se expresa la cláusula propuesta por la OCDE:

“Ninguna disposición del Convenio que reconozca una exención o reducción impositiva será aplicable a las rentas obtenidas o pagadas por una sociedad definida en la Sección ... de la Ley ... o en cualquier disposición similar establecida por ... después de la firma del Convenio”

Las consecuencias de esta disposición pueden limitarse aún más, restringiendo la exclusión a una categoría específica de rendimientos –normalmente a los dividendos, los intereses y los cánones-. Con independencia de la extensión de rentas afectadas cuando la exclusión es parcial, los sujetos mantienen la protección del artículo 24 del Modelo OCDE (no discriminación), podrán solicitar la iniciación de un procedimiento amistoso (art. 25 MOCDE) y los Estados parte del convenio seguirán habilitados para intercambiar información con respecto a esos sujetos (art. 16

MOCDE)⁸⁸⁸. Cuando la exclusión es parcial, los sujetos afectados siguen encontrándose dentro del ámbito subjetivo del convenio, aunque no pueden disfrutar de las disposiciones afectadas por la cláusula de exclusión. Por el contrario, cuando la exclusión es total, los sujetos comprendidos por la cláusula están fuera del ámbito de aplicación del convenio⁸⁸⁹.

La configuración del método de exclusión facilita en gran medida su aplicación. Simplemente habrá que determinar quién es el perceptor de la renta – cuando la cláusula se refiera a determinados sujetos- o a qué régimen tributario está sujeto –cuando la cláusula se refiera a un determinado régimen- para saber si resulta o no de aplicación. La relativa sencillez de la cláusula se contrapone a la excesiva complejidad del resto de cláusulas de limitación de beneficios.

Ahora bien, para que efectivamente su aplicación sea sencilla, es necesario una *definición precisa* de las entidades y los regímenes que quedan total o parcialmente excluidos. No contribuye a lo anterior la redacción propuesta por la OCDE al señalar que se encuentran también excluidas las sociedades definidas “en la Ley ... o en cualquier *disposición similar*”⁸⁹⁰. Es probable que se originen conflictos en los que se discuta si la cláusula de exclusión resulta aplicable a entidades o regímenes regulados en una norma posterior a la que el convenio hace alusión.

No obstante, la necesidad de que se definan con precisión los supuestos excluidos, se vuelve en contra de la eficacia de esta norma, ya que solamente resultará aplicable a los supuestos expresamente previstos, pero no a otros similares o análogos. Esto permite que los Estados que pretendan sortear las cláusulas de exclusión que afectan a entidades o regímenes establecidos en su legislación, puedan hacerlo fácilmente. Bastará que dicten una nueva norma estableciendo un régimen fiscal para

⁸⁸⁸ Como ocurría en las cláusulas de limitación de beneficios previstas en el Modelo EEUU de 1996. Cfr. DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *The 1996...*, cit., p. 174.

⁸⁸⁹ La exclusión prevista en el convenio entre EEUU y Luxemburgo es total, ya que establece que las entidades afectadas *no tendrán la consideración de residentes en el sentido del convenio* –esto implica la exclusión del ámbito subjetivo del convenio-. La exclusión prevista en el convenio entre EEUU y Portugal es parcial.

⁸⁹⁰ Cfr. WURM, F.J., “Treaty Shopping...”, cit., p. 663. Como dice CAVESTANY MANZANEDO, M.A., “El *treaty shopping*...”, cit., p. 100, esa referencia “deja una puerta abierta a la imprecisión”.

una serie de entidades que, a pesar de no definirse en términos semejantes al aplicable a las entidades afectadas por la cláusula de exclusión, consiga el mismo fin⁸⁹¹.

Esta carencia, no obstante, es difícil de remediar a través de la renegociación del convenio, al efecto de incluir dentro del ámbito de la cláusula de exclusión, aquellas nuevas entidades o regímenes que pueden resultar idóneos para ser utilizados en estructuras de planificación fiscal *treaty shopping*⁸⁹². El proceso de negociación de los convenios es lo suficientemente complejo como para impedir que la renegociación del convenio vaya pareja a la legislación del Estado que crea estos regímenes tributarios privilegiados. Y no sólo por la lentitud de los procedimientos de los Estados para la ratificación y entrada en vigor de los tratados, sino también por las dificultades que puedan encontrar las partes negociadoras a la hora de llegar un acuerdo sobre qué nuevas entidades y regímenes deben excluirse⁸⁹³. *Como parece lógico, el Estado que ha establecido en nuevo régimen se resistirá a pactar en el convenio su exclusión*⁸⁹⁴.

⁸⁹¹ Ese es el caso de Luxemburgo que al ver excluidas de todos sus convenios las sociedades *holding* de la Ley de 1929 (excepto los celebrados con China y Rumania), creó en el año 1990 la *Société de Participation Financière* (en adelante, SOPARFI), a la que no resulta de aplicación la cláusula de exclusión. Cfr. MUTENDAM, F., "New Tax Treaty with the United States", *ET*, núm. 12, 1996, p. 386 y VALENTE, P., "Elusione fiscale internazionale: strumenti unilaterali di contrasto e disposizioni convenzionali in materia di *treaty shopping*", *Diritto e Pratica Tributaria*, vol. 69, núm. 2, 1998, p. 26, nota 36. *No obstante, el régimen de la SOPARFI no es en sí mismo un régimen privilegiado, como veremos posteriormente.*

⁸⁹² Como señala SCHWARZ, J., "Economía de opción (*treaty shopping*) en tratados fiscales y rentas del capital", *Zergak. Gaceta Jurídica del País Vasco*, núm. 3, 1994, p. 69 "los países cambian sus leyes fiscales nacionales y a menudo introducen incentivos antes de que haya tiempo para renegociar los tratados".

⁸⁹³ Un buen ejemplo lo constituye el vigente en el sistema estadounidense. Cfr. ALI, *International Aspects...*, cit., 1992, pp. 15 a 25. Otra vía para canalizar la inclusión de estos nuevos regímenes es mediante un acuerdo entre las autoridades competentes. No obstante, para ello es preciso que el convenio previamente lo haya autorizado. Las modificaciones al método de exclusión previstas en la versión de los Comentarios propuesta para 2002 prevé este supuesto. Un ejemplo de este caso puede encontrarse en el convenio entre EEUU y Luxemburgo. El art. 24.9 del convenio excluye a las sociedades *holding* de la Ley de 1929 y cualquier otra entidad que disfrute un régimen similar. En un intercambio de notas (*exchange of notes*) producido el 3 de abril de 1996, los Estados acordaron que también se entienden excluidas las instituciones de inversión colectiva reguladas bajo la Ley de 30 de marzo de 1988. No obstante, aunque se articule la inclusión de nuevos supuestos a través de esta vía, el problema de fondo subsiste, esto es, *los Estados deben ponerse de acuerdo y es lógico que el Estado que ha establecido el régimen se oponga.*

⁸⁹⁴ En este sentido es significativo el proceso de negociación del vigente convenio entre Irlanda y EEUU. Los negociadores irlandeses "convencieron" a EEUU para que desistiese en su intención de excluir las entidades que disfrutaban el régimen del *International Financial Services Centre*. Cfr. CROWDUS, W., "Highlights...", cit., p. 559. Ese régimen permite a determinadas actividades empresariales tributar al diez por ciento en el impuesto sobre sociedades. Cfr. HACCIUS, C., *Ireland in International Tax Planning*, IBFD, Amsterdam, 1995, pp. 1057 y 1058.

A este respecto, a la hora de definir la cláusula de exclusión, los Estados deben ser especialmente cuidadosos, porque, de lo contrario, se corre el riesgo de que entidades que disfrutan de un régimen tributario privilegiado "por razones legítimas", tanto desde el punto de vista económico como de los principios de justicia tributaria, puedan verse afectadas⁸⁹⁵. La OCDE pone como ejemplo el tratamiento fiscal favorable que suelen disfrutar las entidades sin ánimo de lucro⁸⁹⁶.

Las dificultades que plantea delimitar las entidades y regímenes que resultan afectados, explica que la eficacia de esta cláusula sea muy limitada a la hora de luchar contra el uso abusivo de los convenios. Porque, si se quiere que exclusivamente incida sobre situaciones idóneas para el *treaty shopping*, solamente deberán incluirse aquellas que objetivamente disfrutan de un tratamiento fiscal idóneo para realizar ese tipo de conductas, pero no cualquier otra que, a pesar de que accidentalmente también pueda servir para ello, no sea esa su finalidad principal.

En este sentido, hay que significar que *el método de exclusión se aparta de los presupuestos sobre los que se asientan las cláusulas de limitación de beneficios*. Estas cláusulas permiten el acceso al convenio cuando el sujeto tiene un vínculo suficiente con el Estado de residencia o tiene motivos económicos válidos para obtener desde el Estado de residencia el rendimiento generado en la fuente. Cuando se aplica la cláusula de exclusión, el contribuyente pierde el derecho al convenio, a pesar de que concurre alguno de esos presupuestos. A diferencia de lo que sucedía en la cláusula del establecimiento permanente, *la cláusula de exclusión no introduce ninguna excepción que permita reconducir esta cláusula a los principios sobre los que descansan las cláusulas de limitación de beneficios*. Incluso, en los supuestos en que se ha incluido esta cláusula, *los sujetos afectados ni siquiera pueden acceder al convenio a través de la cláusula general de buena fe*⁸⁹⁷.

⁸⁹⁵ Cfr. PICCIOTTO, S., *International...*, cit., p. 161.

⁸⁹⁶ Cfr. "Double taxation conventions and the use of conduit companies", cit., párrafo 27. Como hemos visto, las cláusulas de limitación de beneficios permiten a estas entidades acceder al convenio (cfr. apartado II.C de este capítulo).

⁸⁹⁷ Ello se deduce de la redacción de los arts. 24.10 y 17.6 de los convenios con Luxemburgo y Portugal, respectivamente.

Teniendo en cuenta lo anterior, puede comprenderse que algún autor haya señalado que una "cláusula como la propuesta por la OCDE no es una verdadera cláusula anti *treaty shopping*"⁸⁹⁸. También se ha dicho que esta norma no ataca el *treaty shopping* directamente, sino que simplemente lo hace "de pasada"⁸⁹⁹. Y, sin duda, ello es cierto, porque aunque la entidad o el régimen excluido sea idóneo para tal fin, no significa que en todo caso el mismo se materialice. Además, la presencia de esa entidad en el Estado de residencia, desde el punto de vista de los presupuestos de las cláusulas de limitación de beneficios, puede estar plenamente justificada, es decir, el sujeto puede tener un vínculo suficiente con el Estado de residencia o un motivo económico válido para obtener el rendimiento desde ese Estado.

La cláusula de exclusión no es, por lo tanto, una cláusula de limitación de beneficios. Su utilización responde a otros fines aunque ello, sin embargo, no quiere decir que también pueda incidir sobre estructuras *treaty shopping*. En este sentido, puede enmarcarse este método dentro de las actuaciones adoptadas desde la OCDE y la Unión Europea en materia de "competencia fiscal dañina" (*harmfull tax measures*). La finalidad de estas actuaciones consiste en eliminar aquellos que pueden distorsionar la competencia. Los regímenes que distorsionan la competencia, a tenor de los criterios utilizados por esas organizaciones internacionales, se caracterizan, entre otros factores, porque dan lugar a una imposición nula o muy reducida. En el fondo late la idea sobre la que descansaban los Modelos EEUU de 1977 y 1981, solamente debe permitirse el acceso al convenio cuando la entidad que obtiene los rendimientos está sujeta a un nivel de tributación razonable. La cláusula de exclusión solamente es un método más para luchar contra los regímenes que generan competencia fiscal dañina.

Esta es justamente la nueva orientación que recogen las modificaciones previstas en la propuesta de modificación de los Comentarios al art. 1 para el año

⁸⁹⁸ CAVESTANY MANZANEDO, M.A., "El *treaty shopping*...", *cit.*, p. 100.

⁸⁹⁹ Señala WURM, F., "Treaty Shopping...", *cit.*, p. 663, "the exclusion of those companies from treaty benefits is not really an attack against treaty shopping, but only generates the avoidance of treaty shopping as a by-product". En este sentido, también, TOVILLAS MORÁN, J.M., *Estudio del Modelo de Convenio sobre renta y patrimonio de la OCDE de 1992*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 55 y ROSEMBUJ, T., *Fiscalidad...*, *cit.*, p. 139.

2002. Estas modificaciones desarrollan este método introduciendo alguno de los criterios establecidos en el informe de la OCDE sobre competencia fiscal dañina para determinar qué regímenes deben quedar excluidos de la aplicación del convenio⁹⁰⁰.

No obstante, no hay que perder de vista que el hecho de que un Estado establezca un régimen fiscal privilegiado puede estar justificado por otras razones que pueden ser perfectamente legítimas. La exclusión de esos regímenes del ámbito subjetivo de los convenios puede limitar los fines que con los mismos se pretenden conseguir.

En este orden de cosas, la cláusula de exclusión se ha utilizado en algunos convenios para impedir la aplicación de los convenios a los sujetos que se han establecido en determinadas zonas de baja tributación. Es conocida la proliferación en los Estados de la Unión Europea de zonas con regímenes de baja tributación, articuladas a través de diversas técnicas desgravatorias, *con el fin de fomentar la inversión y la actividad económica en el territorio afectado*. En algunos casos, estos regímenes han sido autorizados por las instituciones comunitarias, *porque se tratan de ayudas de Estado compatibles con los arts. 87 y 88 del TCE*. Entre ellos se encuentra, el *International Financial Services Centre* en Irlanda, la zona de Madeira, en Portugal y el régimen de la Zona especial Canaria, en España⁹⁰¹. Todos estos regímenes se caracterizan porque los beneficios fiscales no se otorgan con carácter subjetivo, sino por la realización de determinadas actividades, además de que su duración está limitada en el tiempo. Como parece razonable, si se han autorizado con el fin de

⁹⁰⁰ Esta orientación también puede encontrarse, aunque respecto a las medidas adoptadas por la Unión Europea en esta materia a través del Código de Conducta, en el convenio celebrado en 1999 entre Portugal y los Países Bajos. En su articulado se señala que no tendrán derecho a la aplicación de los beneficios previstos por el convenio para la tributación en el Estado de la fuente cuando el sujeto afectado disfrute en el Estado de residencia de un régimen tributario que se haya calificado como "pernicioso" bajo los criterios del Código de Conducta comunitario. No obstante, no se considerará que se trata de un régimen pernicioso cuando haya sido autorizado por las Instituciones comunitarias por estar destinado a favorecer el desarrollo económico de determinadas regiones. En este sentido, se trata de coordinar la política de la UE en materia de regímenes fiscales dañinos y la política de la Comisión sobre las ayudas de Estado. Cfr. VAN DEN ENDE, R.; SMIT, P., "Netherlands/Portugal: European tax law influences the new tax treaty", *ET*, núm. 3, 2001, p. 101.

⁹⁰¹ Sobre su configuración véase los capítulos correspondientes en SAUNDERS, R., *International Tax Systems...*, cit.

fomentar el desarrollo de las zonas afectadas, una vez que el desarrollo se ha materializado, el régimen debe desaparecer.

Estos regímenes, a pesar de su baja tributación, no deberían resultar afectados por la cláusula de exclusión, para permitir que consigan sus fines. No obstante, no hay que perder de vista que los Estados parte del convenio pueden no estar de acuerdo respecto “a la buena fe” del régimen establecido. En efecto, a pesar de que el régimen de la zona de Madeira ha sido autorizado por parte de las Instituciones comunitarias, ello no ha impedido que el convenio entre EEUU y Portugal lo haya excluido expresamente⁹⁰². Los argumentos que han llevado a la Unión Europea a autorizar este régimen como ayuda de Estado no han parecido convencer a los EEUU y, por este motivo, han forzado su exclusión en el convenio con Portugal.

Desde la óptica de los convenios celebrados por los Estados comunitarios, también se aprecia una postura contraria hacia esos regímenes. España, por ejemplo, aunque no ha forzado la exclusión de la zona de Madeira en su convenio con Portugal, sí ha incluido una cláusula de transparencia que, a pesar de tener carácter general, subrepticamente pretende limitar la aplicación del convenio a las entidades residentes en Portugal que disfrutan del régimen de la zona de Madeira.

En suma, podemos concluir que la cláusula de exclusión no responde a los presupuestos de las cláusulas de limitación de beneficios. Este método sólo pretende excluir determinadas entidades y regímenes tributarios que originan niveles reducidos de imposición. Aunque la exclusión de esas entidades y regímenes pueden afectar a la realización de estructuras *treaty shopping*, esa no es su finalidad principal. La cláusula lo que pretende es excluir a los sujetos que disfrutan de un determinado régimen fiscal que permite no sufrir “un gravamen normal” en el Estado de residencia. *El hecho de*

⁹⁰² YAN, E., “Portuguese negotiations finally over”, *ITR*, octubre, 1995, p. 23 señala que el convenio con EEUU es el primer convenio celebrado por Portugal en el que se ha producido la exclusión. Como se ha señalado mas atrás, en el convenio irlandés no se produce tal exclusión, sin perjuicio de que el resto de cláusulas de limitación de beneficios son plenamente aplicables. El convenio con España no excluye las entidades ZEC. No obstante, hay que tener en cuenta que el convenio es de fecha anterior a la puesta en marcha de ese régimen. No sería descabellado pensar que, una futura renegociación del convenio, provoque su exclusión. Como parece lógico, la Administración tributaria española se opondrá a pactar una cláusula de esta naturaleza.

que los sujetos excluidos tengan un vínculo efectivo con el Estado de residencia o motivos económicos válidos para percibir los rendimientos desde ese Estado es indiferente para esta cláusula. Los supuestos que quedarán incluidos por este método dependen esencialmente de la postura que adopten los Estados a la hora de negociar los convenios.

A continuación, analizaremos la cláusula de exclusión que más relevancia ha tenido en los convenios de doble imposición. Se trata de la exclusión de las *holding* luxemburguesas reguladas por la Ley de 1929. Prestaremos especial atención a la regulación de esta cláusula en el convenio entre Luxemburgo y España.

II.B- El convenio de doble imposición entre España y Luxemburgo: La exclusión de las sociedades *holding* de la Ley de 31 de julio de 1929

I.B.I.- Las sociedades *holding* de la Ley de 31 de julio de 1929⁹⁰³

Existen tres tipos de sociedades *holding* que disfrutaban de un régimen fiscal especial al amparo de la Ley de 31 de julio de 1929. Se trata de la sociedad *holding* prototípica (*standard holding company*), la *holding milliardaire* y la *holding* financiera (*financial holding*). El término sociedad *holding* de la Ley de 1929 se utiliza para referirse indistintamente a cualquiera de los tres tipos.

Aunque aquí nos referiremos principalmente al primer tipo, es común a todas ellas el hecho de que *están exentas del impuesto luxemburgués sobre la renta de las personas jurídicas*⁹⁰⁴. Asimismo, no tributan por obligación real de contribuir los pagos que estas entidades realizan a no residentes. No están exentas, en cambio, del impuesto que grava la constitución y la ampliación de capital (*droit d'apport*).

⁹⁰³ Para la elaboración de esta parte del trabajo se ha utilizado la información contenida en las siguientes guías tributarias: SAUNDERS, R., *International Tax Systems and Planning Techniques*, Sweet & Maxwell, Londres, 2000, VV.AA., *Guides to European Taxation: Guide I, The Taxation of Patent Royalties, dividends, interest in Europe*, IBFD, Amsterdam, 2000 y VV.AA., *Guides to European Taxation: Guide II, The Taxation of Companies in Europe*, IBFD, Amsterdam, 2000, vol. II. Todas estas guías funcionan a través del sistema de hojas intercambiables

⁹⁰⁴ Como parece lógico, el hecho de que están exentas presupone que están sujetas al impuesto referido, como así sucede. La cuestión no es baladí, porque la consideración de residente a los efectos del convenio requiere la sujeción formal por la renta mundial obtenida en el Estado de residencia. Este particular, a pesar de la exención plena, se cumple.

Nó se requiere la adopción de una concreta forma jurídica para disfrutar de este régimen fiscal. Normalmente estas entidades adoptan la forma de sociedad anónima. *Las actividades que puede realizar están restringidas*. Básicamente, se limitan a la adquisición, gestión, tenencia y venta de participaciones en sociedades y otros valores mobiliarios. La gestión de valores sólo puede venir referida a valores propios, nunca de terceros. También pueden prestar dinero y actuar como fiadores de préstamos, pero tienen limitada la posibilidad de tomar capitales a préstamo⁹⁰⁵. *En ningún caso pueden realizar actividades empresariales*.

El único impuesto que con carácter anual grava efectivamente estas sociedades es la *taxe d'abonnement*. La base imponible se determina mediante la suma del capital desembolsado y del principal de las obligaciones emitidas por la sociedad. Si en la constitución, o bien en una ampliación de capital, se han exigido primas de emisión, también habrá que incluirlas en la base imponible. Cuando la *holding* supere las cifras de endeudamiento permitidas -tres veces la cifra de capital, en caso de préstamos y diez veces la cifra de capital en caso de obligaciones-, dichos excesos también se adicionan a la base imponible. La forma de cálculo de la base imponible varía en los ejercicios en los que la sociedad distribuye dividendos por encima del diez por ciento del capital desembolsado. En estos casos, la base imponible es el resultado de multiplicar el montante de los dividendos por diez. El tipo de gravamen asciende al 0,2 por ciento. La cuota, sin embargo, nunca puede ser inferior a dos mil quinientos francos luxemburgueses.

El régimen tributario del que disfrutaban estas sociedades las convierte en vehículos idóneos para realizar estructuras *treaty shopping*. En primer lugar, estas entidades, en principio, *tienen derecho a la aplicación de los convenios celebrados por Luxemburgo, porque formalmente están sujetas por la renta mundial obtenida al impuesto sobre sociedades luxemburgués*. Como se indicó en el apartado dedicado al

⁹⁰⁵ Todas estas operaciones de financiación están muy limitadas, ya que, por ejemplo, sólo pueden prestar dinero o actuar como fiadores respecto a entidades en las que al menos tengan una participación directa del cinco por 100. En el caso de la *holding* financiera se amplía el margen en de las operaciones de financiación que pueden realizar. Es en este aspecto donde radica, principalmente, la diferencia entre ambos tipos de sociedades *holding*.

concepto de residencia en el Modelo OCDE, sólo es necesario estar formalmente sujeto a tributación por la renta mundial obtenida⁹⁰⁶. Lo anterior sucede en el caso de las sociedades *holding* luxemburguesas. El hecho de que estén exentas no perjudica su condición de residentes en el sentido del Modelo OCDE, habida cuenta que no contempla una cláusula de sujeción y no exención⁹⁰⁷.

En segundo lugar, el régimen tributario en el Estado intermedio reúne los requisitos necesarios para que la estructura sea viable. Los rendimientos de fuente externa obtenidos por las *holding*. También están exentos los rendimientos percibidos por no residentes procedentes de estas sociedades. En consecuencia, la utilización de este tipo de entidades puede ser muy útil para canalizar rentas hacia terceros Estados, ya que la entidad interpuesta está exenta en el Estado intermedio y los rendimientos cuando se transfieren al exterior no tributan por obligación real. Por este motivo, en principio, está plenamente justificado que las *holding* de la Ley de 1929 se excluyan expresamente de la red de convenios de Luxemburgo, porque su régimen tributario incentiva sensiblemente a que entidades residentes en terceros Estados se establezcan allí, con el fin de canalizar las rentas de fuente externa hacia terceros Estados.

A pesar del régimen de las *holding* de la Ley de 1929 pueda servir para desarrollar estructuras *treaty shopping*, no tiene necesariamente que ser así en todos los casos. Igualmente, desde el punto de vista de los presupuestos de las cláusulas de limitación de beneficios, puede estar justificada la aplicación del convenio. No obstante, la exclusión de las *holding* luxemburguesas hay que comprenderla desde los fines propios que subyacen a esta cláusula. Estas entidades se han excluido porque disfrutaban de un régimen de tributación muy bajo. En este caso, desde los presupuestos de la cláusula de exclusión, está perfectamente justificado que se hayan excluido estas

⁹⁰⁶ Cfr. el apartado II.B.1.B del segundo capítulo. Hay que recordar que es necesario, también, que el criterio de sujeción responda a un vínculo de carácter fáctico con el territorio del Estado. En este sentido, si la sujeción se deriva de la mera constitución de la entidad conforme a las leyes luxemburguesas, no se es residente en el sentido del art. 4 del Modelo OCDE.

⁹⁰⁷ Como vimos, de los Comentarios al art. 4 del Modelo OCDE se deduce que no se tiene la consideración de residente cuando se trata de "sociedades de propiedad extranjera exentas de impuestos respecto de las rentas extranjeras, en aplicación de privilegios diseñados para atraer sociedades de tránsito. Esto conlleva, sin embargo, dificultades y limitaciones". En el fondo, late la intención de introducir una cláusula de sujeción y no exención. Los términos tan imprecisos en los que se pronuncian los Comentarios, muestran las dudas que los mismos tienen sobre la posibilidad de exigir este requisito -la no exención- al no estar expresamente previsto.

entidades. En la práctica, la exclusión de estas entidades no afectará a aquellos sujetos que se establecen en Luxemburgo con el fin de desarrollar una verdadera actividad empresarial, toda vez que estas entidades no pueden realizar actividades empresariales. Por otro lado, hay que destacar que en este supuesto de exclusión, a diferencia de otros regímenes tributarios de baja tributación (zona de Madeira, entidades ZEC, etc.), parece haber consenso en el ámbito internacional, ya que prácticamente todos los convenios celebrados por Luxemburgo excluyen estas entidades. De hecho, el informe Primarolo emitido por el Grupo encargado de desarrollar el Código Conducta comunitario han calificado este régimen como una "medida fiscal perniciosa".

I.B.II.- La norma de exclusión en el convenio entre España y Luxemburgo

La cláusula de exclusión esta recogida en el apartado primero del Protocolo del convenio entre España y Luxemburgo en los siguientes términos:

"El presente Convenio no se aplica a las sociedades "holding", definidas en la legislación especial luxemburguesa contenida actualmente en la Ley de fecha 31 de julio de 1929, y el Decreto gran ducal de fecha 17 de diciembre de 1938 (que desarrolla el artículo 1.º 7 b), apartados uno y dos de la Ley de 27 de diciembre de 1937). No se aplica tampoco a las rentas que un residente de España obtenga de acciones u otros títulos de sociedades similares, ni el patrimonio representado por acciones u otros títulos de participación en el capital de tales sociedades que esta persona posea"

En primer lugar, hay que señalar que la exclusión es total. Estas entidades no tienen la protección de la norma en materia de no discriminación (art. 25 del convenio), no pueden solicitar el inicio de un procedimiento amistoso (art. 26 del convenio) y España y Luxemburgo, en virtud del convenio, no están habilitados para intercambiar información (art. 27 del convenio)⁹⁰⁸.

En segundo lugar, hay que distinguir dos aspectos de la exclusión: por un lado, cuando un residente en España percibe rentas procedentes de una sociedad *holding*

⁹⁰⁸ No obstante, sobre este último aspecto, la norma de exclusión no tiene efecto material alguno. Dado que estos dos Estados son miembros de la Comunidad europea, pueden acudir a los procedimientos de asistencia e intercambio de información previstos en la Directiva del Consejo 77/799/CEE, de 19 de diciembre de 1977, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos e indirectos. Cfr. TERRA, B.; WATTEL, P., *European Tax Law*, Kluwer Law International, La Haya, 1997, pp. 327 a 335.

luxemburguesa y, por otro, cuando una de esas sociedades percibe rendimientos generados en España. En el primer caso, España es el Estado de residencia y, en el segundo, España es el Estado de la fuente.

El primer caso contempla el supuesto en que un residente en España percibe rendimientos procedentes de una sociedad *holding* (normalmente, el pago de intereses o la distribución de dividendos). La exclusión de las sociedades *holding* de la aplicación del convenio no tiene excesivas repercusiones respecto al contribuyente residente en España, ya que, en todo caso, Luxemburgo no somete esas rentas a tributación por obligación real. Solamente podría tener consecuencias cuando en virtud del convenio se reserva el derecho exclusivo a gravar una determinada renta al Estado de la fuente.

Ello sucede respecto a las ganancias patrimoniales resultantes de la venta de participaciones en el capital de sociedades cuyo activo esté compuesto principalmente por bienes inmuebles situados en alguno de los Estados contratantes (art. 13.1 del convenio). Sin embargo, lo anterior podría ser objetable por dos motivos. En primer lugar, porque el Protocolo habla de "rentas" procedentes de esas sociedades y no de ganancias patrimoniales. Podría argüirse que solamente se está refiriendo a los rendimientos pagados por una sociedad *holding*, por lo que no deberían incluirse las ganancias patrimoniales generadas por la enajenación de las participaciones que un residente en España tiene en el capital de la *holding*. En segundo lugar, porque las sociedades *holding* de la Ley de 1929 tienen prohibida la tenencia de bienes inmuebles, a excepción de aquéllos que sean imprescindibles para el desarrollo de su actividad. Teniendo en cuenta que la finalidad principal de estas entidades es la tenencia de valores mobiliarios, es improbable que pueda incurrirse en el supuesto previsto en el art. 13.1 del convenio.

En el resto de casos potencialmente aplicables, el convenio, o bien reserva el derecho exclusivo a gravar una renta al Estado de residencia, o bien limita el gravamen en el Estado de la fuente, obligando al Estado de residencia, en el caso de España, a eliminar la doble imposición mediante el *método de imputación ordinaria*.

Al no estar sujetos a imposición real estos rendimientos en Luxemburgo, *materialmente* se producen los mismos efectos a si el convenio fuera aplicable. Y ello porque, aunque lo fuera, si el Estado de la fuente no grava los rendimientos generados en su territorio (por ejemplo, un dividendo o un interés), el Estado de residencia no debe articular el método de imputación ordinaria⁹⁰⁹.

Los resultados de la inaplicación del convenio son sustancialmente diferentes cuando España es el Estado de la fuente. Los rendimientos obtenidos por una sociedad *holding* de la Ley de 1929 en España, normalmente dividendos, intereses y cánones⁹¹⁰, no se beneficiarán del límite de imposición en el Estado de la fuente previsto en los arts. 10, 11 y 12 del convenio.

En materia de intereses, en principio, la cláusula de exclusión tampoco debería tener efecto material alguno. Desde el año 1990, los intereses obtenidos en España por residentes comunitarios sin establecimiento permanente están exentos de tributación por imposición real⁹¹¹. Esta exención no opera, sin embargo, cuando se obtienen a través de entidades residentes en territorios calificados como paraísos fiscales por el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio. Conforme al art. 1.41 del Decreto citado, el Gran Ducado de Luxemburgo tiene la consideración de paraíso fiscal “por lo que respecta a *las rentas percibidas por las Sociedades a que se refiere el párrafo 1 del Protocolo anexo al Convenio*, para evitar la doble imposición, de 3 de junio de 1986”⁹¹². Esas sociedades, como sabemos, son las *holding* de la Ley de 1929. Como

⁹⁰⁹ En materia de intereses el convenio contiene una cláusula *tax sparing*, pero sólo cuando es un residente en Luxemburgo quien obtiene el interés (art. 24.1 del convenio).

⁹¹⁰ Las sociedades *holding* pueden adquirir, enajenar y explotar derechos de propiedad industrial, aunque en términos muy restringidos. Ello se debe a que resulta muy difícil distinguir, en determinados casos, respecto a estos activos, cuando nos encontramos ante una actividad empresarial. Cfr. WARNER, P., *Luxembourg in International Tax Planning*, IBFD, Amsterdam, 1997, p. 280.

⁹¹¹ Cfr. BAENA AGUILAR, A., en *Comentarios a la LIRNR*, cit., p. 185.

⁹¹² Es necesario resaltar la errónea interpretación que la Administración española hace de este precepto. Como se desprende de su tenor, *Luxemburgo sólo tiene la consideración de paraíso fiscal cuando una holding de la Ley de 1929 percibe rendimientos generados en España*. A eso se refiere exclusivamente el Real Decreto 1080/1991 cuando dice “por lo que respecta a las rentas percibidas por las Sociedades”. Siendo esta la redacción, Luxemburgo *no debería tener la consideración de paraíso fiscal, a los efectos del Real Decreto, cuando es un residente en España quien obtiene rendimientos que proceden de ese tipo de entidades*. Pues bien, la DGT, en la consulta de 10 de febrero de 1999 (en *Normacef Fiscal*) considera que el régimen tributario de las ETVEs no es aplicable a los rendimientos procedentes de participaciones en sociedades *holding* de la Ley de 1929 de Luxemburgo, ya que proceden de un paraíso fiscal. Habida cuenta de la redacción del Real Decreto, tal conclusión no es

consecuencia de ello, los intereses que perciban en España las *holding* luxemburguesas quedan fuera del ámbito de aplicación de la exención.

En cuanto a los dividendos, además de no resultar aplicables los tipos reducidos previstos en el art. 10 del convenio, tampoco podrá beneficiarse una *holding* de la Ley de 1929 de la exención prevista en el art. 13.1.g de la LIRNR. Y no puede hacerlo porque *están exentas* en Luxemburgo del *Impôt sur le revenu des collectivités*⁹¹³.

Finalmente, los cánones tampoco podrán acceder al techo de imposición previsto en el convenio. Tampoco la normativa española prevé ninguna exención respecto a los cánones⁹¹⁴.

Como podemos observar, la norma de exclusión tiene una incidencia significativa cuando España es el Estado de la fuente.

Para finalizar este apartado, nos referiremos a uno de los problemas del método de exclusión propuesto por la OCDE que aparece también en el convenio entre España y Luxemburgo. Para que la aplicación del método de exclusión sea sencilla, es necesario una *definición precisa* de las entidades que quedan total o parcialmente excluidas. Por este motivo, se indicó que no contribuía a lo anterior la redacción propuesta por la OCDE al señalar que se encuentran también excluidas las sociedades definidas "en la Ley ... o en cualquier *disposición similar*". En términos análogos se expresa la norma de exclusión del convenio español, al señalar que "no se

sostenible. No obstante, es correcto el resultado que alcanza la DGT, aunque por una vía argumentativa errónea, ya que uno de los requisitos para disfrutar el régimen tributario de la ETVE es que la sociedad en la que se participa esté sujeta y no exenta a un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IS español. Eso no ocurre, como se ha expuesto, con las *holding* luxemburguesas de la Ley de 1929. El mismo error se produce en la consulta de 30 de octubre de 1998 (en *Normacef Fiscal*). Esta consulta se analizará posteriormente, cuando nos refiramos a las entidades que pueden considerarse *similares* a las *holding* de la Ley de 1929.

⁹¹³ Este apartado traspone al Derecho español el art. 5 de la directiva 90/435/CEE sobre el régimen fiscal común aplicable a las distribuciones de beneficios entre sociedades matrices y filiales. Uno de los requisitos para la aplicación de la exención consiste, precisamente, en que la entidad que percibe el dividendo *esté sujeta y no exenta* a un impuesto sobre los beneficios obtenidos por las personas jurídicas. Cfr. WARNER, P., *Luxembourg...*, cit., p. 286.

⁹¹⁴ Tampoco se beneficiarán, cuando se apruebe, de la propuesta de directiva en materia de cánones e intereses pagados entre empresas vinculadas, porque incluye una cláusula de sujeción y no exención.

aplica tampoco a las rentas que un residente en España obtenga de acciones u otros títulos de *sociedades similares*".

La redacción en estos términos ha planteado a la Administración tributaria española algunas dudas acerca de la posible inclusión de otras entidades luxemburguesas, dada su "hipotética" similitud con las *holding* de la Ley de 1929. El primer supuesto es el de la *société de participation financière* (SOPARFI).

La SOPARFI no constituye un tipo especial de sociedad. En Luxemburgo, al igual que sucede en España con el art. 20bis de la LIS, las sociedades que tienen una participación significativa en el capital social de una sociedad no residente disfrutan de una exención con respecto a los dividendos que ésta última distribuya, así como de la ganancia patrimonial que puede producirse en el momento de transmitir la participación. *Cualquier sociedad*, siempre que su participación en otras sociedades cumpla los requisitos previstos en la normativa luxemburguesa, tendrá derecho a dicha exención⁹¹⁵.

El término SOPARFI se suele utilizar para referirse a aquellas sociedades cuya actividad exclusiva o principalmente es la tenencia de participaciones en el capital de otras sociedades⁹¹⁶. Sin embargo, ese beneficio no es exclusivo de la SOPARFI, sino que podrá disfrutarlo *cualquier* sociedad que tenga una participación significativa que cumpla los requisitos legales.

Por lo demás, la SOPARFI y cualquier otra sociedad que tenga una participación suficiente para disfrutar de ese régimen, está sujeta y no exenta al impuesto sobre sociedades luxemburgués. Este rasgo distingue, en principio, a la SOPARFI de la *holding* de la Ley de 1929, habida cuenta que esta última disfruta de una exención plena. Asimismo, los dividendos distribuidos por la SOPARFI solamente estarán exentos de tributación por imposición real en Luxemburgo cuando se

⁹¹⁵ Sobre el régimen jurídico de esta exención de los dividendos y de las ganancias patrimoniales, véanse WARNER, P., *Luxembourg...*, cit., pp. 187 a 213 y SCHAFFNER, J., "Luxembourg Soparfi regime remains attractive", *BIFD*, núm. 8/9, 1998, pp. 389 a 397.

⁹¹⁶ Cfr. WARNER, P., *Luxembourg...*, cit., p. 187.

beneficien del régimen previsto en la directiva sobre matrices y filiales, sin perjuicio de los convenios de doble imposición. En cambio, cuando una *holding* de la Ley de 1929 reparte dividendos están exentos, en todo caso, de tributación por obligación real. Por último, hay que resaltar que estas sociedades, a diferencia de las *holding*, pueden realizar cualquier tipo de actividad.

La SOPARFI, en virtud de lo expuesto, no puede asimilarse en principio a las *holding* de la Ley de 1929, por lo que deben quedar fuera del ámbito de aplicación de la cláusula de exclusión del convenio entre España y Luxemburgo. A pesar de lo anterior, la Administración española, en un primer momento, entendió que la SOPARFI estaba excluida del convenio y no podía disfrutar del régimen previsto en la directiva sobre matrices y filiales⁹¹⁷.

Esta posición se debió a una errónea interpretación del convenio. La Administración entendió que la SOPARFI, por tener materialmente la condición de sociedad *holding*, resultaba afectada por la norma de exclusión del convenio. La Ley de 1929, en opinión de la Administración, no creaba un tipo específico de sociedades, sino que se limitaba a establecer un régimen para eliminar la doble imposición respecto a determinadas rentas que se caracterizan principalmente porque no implican el desarrollo directo de una actividad empresarial.

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto algún autor, la interpretación de la Administración partía de una premisa incorrecta⁹¹⁸. La norma de exclusión se refiere precisamente a un tipo de *holding*, la regulada en la Ley de 1929, y no a cualquier otra sociedad que pueda tener como actividad principal la tenencia de participaciones. La legislación luxemburguesa no contiene un régimen fiscal especial para la SOPARFI, desde el momento que cualquier sociedad, aunque realice una actividad empresarial, tiene derecho a la exención de dividendos y ganancias patrimoniales si su

⁹¹⁷ Esta posición se expresa en la resolución de 29 de marzo de 1994 del Subdirector General de Relaciones Internacionales: La exclusión del ámbito de aplicación del régimen de la directiva se debe a que la norma española que la aplicaba no reconocía la exención cuando la sociedad que percibe el dividendo es residente en un paraíso fiscal. Luxemburgo, como sabemos, tiene la consideración de paraíso fiscal respecto a las rentas obtenidas por las *holding* de la Ley de 1929 y "sociedades similares". Cfr. RAVENTÓS CALVO, S., "A Fiscal Cold War", *ET*, 1994, p. 431.

⁹¹⁸ Cfr. RAVENTÓS CALVO, S., "El *treaty shopping*...", *cit.*, p. 72.

participación reúne los requisitos previstos en la Ley⁹¹⁹. El mero hecho de que una sociedad sujeta al régimen general del impuesto sobre sociedades tenga como actividad principal la tenencia de participaciones en el capital de otras sociedades –que es cuando se la denomina SOPARFI-, no la convierte en una *holding* de la Ley de 1929.

Posteriormente, la Administración española rectificó su postura respecto a las SOPARFIs, admitiendo los argumentos anteriormente expuestos⁹²⁰. La norma de exclusión no es aplicable a las sociedades que se acogen al régimen que Luxemburgo aplica a las participaciones empresariales. Este supuesto de hecho es un claro ejemplo de los problemas que puede plantear una cláusula de exclusión cuya redacción no es lo suficientemente precisa. Y eso es lo que ocurre en el convenio entre España y Luxemburgo, ya que no establece parámetro alguno para delimitar qué sociedades son similares.

Por último, la segunda entidad que la Administración española ha considerado “similar” a las *holding* de la Ley de 1929 son las entidades de inversión colectiva (SICAV y SICAF) acogidas a la Ley luxemburguesa de 30 de marzo de 1988⁹²¹. Estas entidades se han considerado “similares” no en aplicación del convenio, sino en aplicación del régimen especial previsto en la Ley del IS (art. 74) y la Ley del IRPF (art. 78) para las participaciones en instituciones de inversión colectiva residentes en territorios calificados como paraísos fiscales. Según este régimen, la participación no tributa sobre la ganancia o pérdida patrimonial que se produzca cuando se transmite, sino que cada ejercicio debe imputarse una renta por el aumento del valor liquidativo de la participación.

⁹¹⁹ Cfr. RAVENTÓS CALVO, S., “Spain”, en ESSERS, P.; DE BONT, G.; KEMMEREN, E. (Coords.), *The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax Treaties with EC Law*, Kluwer Law International, Londres, 1998, p. 183.

⁹²⁰ El cambio de postura de la Administración española se recoge en una carta con fecha de 11 de mayo de 1995 enviada al Director de Impuestos Directos de la Administración de Luxemburgo. RAVENTÓS CALVO, S., “Tax Authorities Recant on Luxembourg SOPARFIs”, *ET*, 1995, p. 266, nota núm. 2, recoge el texto en francés de dicha carta.

⁹²¹ Esta ley regula el régimen de la *Société d'investissement a capital variable* (SICAV), la *Société d'investissement a capital fixe* (SICAF) y los *fonds commun de placement* (FCP). La SICAV y la SICAF tienen personalidad jurídica y están plenamente sujetas al impuesto sobre sociedades luxemburgués. Por el contrario, los FCP no tienen personalidad jurídica y se considera que tributan en régimen de atribución de rentas. Cfr. WARNER, P., *Luxembourg...*, cit., 299 a 310

La Administración española consideró que el régimen de las entidades de inversión colectiva luxemburguesas acogidas a la Ley de 30 de marzo de 1988 es *similar* a la holding de la Ley de 1929⁹²². En efecto, al igual que las *holding* de la Ley de 1929, están exentas del impuesto sobre sociedades luxemburgués y sólo están gravadas efectivamente por la *taxe d'abonnement*⁹²³. Las participaciones que residentes en España tengan en esas entidades tributarán conforme al régimen especial referido.

No obstante, hay que tener en cuenta que el 5 de mayo de 2000 las autoridades competentes de España y Luxemburgo concluyeron un procedimiento amistoso sobre la interpretación del Protocolo del convenio que establece la exclusión⁹²⁴. Las autoridades competentes consideran que "lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del Protocolo, se entenderá que no es de aplicación a las rentas procedentes de Instituciones de Inversión Colectiva debidamente autorizadas por la autoridad competente de cada Estado, y que sean comercializadas en el otro Estado previo cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto en la sección VIII de la directiva 85/611/CEE del Consejo de 20 de diciembre de 1985." En virtud de este procedimiento, como señala la consulta de la DGT de 7 de junio de 2000 (en *Normacef Fiscal*), para que no se aplique lo dispuesto en el protocolo, la institución de inversión colectiva luxemburguesa debe estar registrada en la CNMV y su comercialización debe efectuarse de acuerdo con la directiva 85/611/CEE.

En ningún momento se indican las razones de por qué se *ha interpretado* que estas entidades no son similares cuando se cumplen esos dos requisitos. En nuestra

⁹²² En la consulta, ya citada, de 30 de octubre de 1998. Sin embargo, tal calificación es resultado, en nuestra opinión, de una interpretación errónea del Real Decreto 1080/1991. Según este Decreto, Luxemburgo solamente es paraíso fiscal cuando alguna de las sociedades previstas en el convenio (las *holding* de la Ley de 1929 y sus similares) perciben rendimientos generados en España, pero no al contrario, *cuando un residente en España obtiene rendimientos en Luxemburgo procedentes de esas entidades*. Pues justamente esto último es lo que sucede en el supuesto de hecho analizado por la DGT. Se trata de un régimen especial para la tributación en el IRPF de las participaciones en instituciones de inversión colectiva constituidas en territorios calificados como paraísos fiscales. Al no estar este supuesto previsto en dicho Real Decreto, la DGT no debería haber entrado a valorar si la entidad de inversión colectiva es o no una sociedad similar a la *holding*.

⁹²³ Así, como hemos señalado mas atrás, en un intercambio de notas entre las Administración americana y luxemburguesa acordaron que estas entidades eran similares y se encuentran dentro del ámbito del método de exclusión.

⁹²⁴ Cfr. IBFD, *Tax News Service*, IBFD, Amsterdam, 2000, p. 265.

opinión, los requisitos expuestos tienen por finalidad otorgar un tratamiento tributario paralelo al que disfrutaban las instituciones de inversión colectiva residentes en España. Las entidades residentes en España no están exentas del impuesto sobre sociedades como en Luxemburgo, pero su régimen es próximo al de la exención, porque tributan al uno por ciento (art. 26.5 LIS). El tipo reducido del uno por ciento se establece exclusivamente para las entidades que se ajustan a la normativa española. Estas entidades están sujetas al control administrativo por parte de la CNMV. Por lo tanto, cuando las entidades residentes en Luxemburgo se encuentran sujetas al control de la CNMV, su régimen se asimila al de las entidades residentes en España.

Por último, hay que hacer notar que el procedimiento amistoso parece sólo tener efectos respecto al régimen de imputación de rentas previstos en la LIS y la LIRPF. Probablemente sólo se refiere a este régimen, porque es el que originó la consulta de la DGT que calificaba a Luxemburgo como paraíso fiscal. No obstante, debe entenderse que la interpretación del convenio realizada por las autoridades competentes de los Estados parte debe extenderse a todos los supuestos en los que intervienen entidades de inversión luxemburguesas. Sólo así es posible garantizar que estas entidades no pierdan el tratamiento fiscal privilegiado que disfrutaban en el ámbito interno cuando operan en el ámbito internacional⁹²⁵.

V.- La cláusula general de buena fe: la aplicación del convenio en virtud de un acto administrativo (*grace clause*)

V.A.- Configuración general

Las cláusulas de limitación de beneficios analizadas en los apartados anteriores permiten acceder directamente a los beneficios del convenio. El cumplimiento de cualquiera de estas cláusulas, y siempre que no sea aplicable una cláusula de exclusión, supondrá que los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente se beneficien *automáticamente* de los beneficios del convenio.

⁹²⁵ WARNER, P., *Luxembourg...*, cit., pp. 304 y 305 expone las actuaciones de la Administración luxemburguesa en el ámbito internacional para evitar que estas entidades se asimilen a la holding de 1929.

Cuando no se cumple ninguna de esas cláusulas, *no se tiene derecho* a la aplicación de las disposiciones del convenio afectadas por las mismas⁹²⁶. No es extraño que ello ocurra, habida cuenta que estas cláusulas se han redactado en términos muy restrictivos. Para impedir que aquellos sujetos que actúan de buena fe no se beneficien del convenio, el Modelo EEUU de 1996 establece que la Administración concederá los beneficios del convenio cuando concurren determinadas circunstancias⁹²⁷.

Esta modalidad de acceso se caracteriza porque el convenio se aplica en virtud de un acto administrativo. En efecto, cuando se cumple cualquiera de las cláusulas analizadas, el contribuyente se beneficia directamente de los beneficios del convenio. Cuando es preciso acudir a esta modalidad de acceso, la aplicación del convenio depende de una decisión administrativa⁹²⁸.

El Modelo EEUU no prevé cuándo la Administración debe conceder la aplicación del convenio. Sin embargo, a tenor de lo dispuesto por la TE del Modelo EEUU, se concederán los beneficios del convenio cuando *la constitución, adquisición y mantenimiento de la persona en el Estado de residencia y la realización de sus operaciones desde ese Estado no haya tenido como uno de sus principales objetivos el disfrute de los beneficios del convenio*⁹²⁹.

⁹²⁶ Como hemos visto, las cláusulas de limitación de beneficios inciden sobre el régimen de tributación en la fuente y los métodos para eliminar la doble imposición en el Estado de residencia.

⁹²⁷ Los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE también prevén este supuesto. Al igual que en el resto de cláusulas, se prevé una cláusula general de buena fe aislada y una cláusula general de buena fe que se integra en el conjunto de cláusulas, similar al art. 22 del Modelo EEUU de 1996, previstas en el nuevo párrafo 20 de los Comentarios al art. 1 (versión 2002). La cláusula *aislada* se formula en los términos siguientes: "Las disposiciones anteriores no serán aplicables cuando la sociedad *pruebe* que su objeto principal, la realización de su actividad empresarial y la adquisición o tenencia de las acciones u otros bienes de los que se deriven las rentas de que se trate, están motivadas por razones empresariales válidas y en consecuencia no tienen como objeto principal la obtención de beneficios al amparo de este convenio" (párrafo 21.a). DEBATIN, H.; ENDRES, D., *Das neue...*, cit., p. 463 han señalado que la propia existencia de esta modalidad de acceso pone en duda la credibilidad las cláusulas de limitación de beneficios, ya que supone admitir que "supuestos legítimos" no pueden acceder directamente al convenio. De hecho, el *Memorándum interpretativo del convenio con Alemania señala que la mayoría de los contribuyentes tendrán que acceder a través de esta vía al convenio*. Cfr. JACOB, F., et al., *Handbook...*, cit., p. 35.

⁹²⁸ Cfr. RAVENTÓS CALVO, S., "Strict limitations on benefits in new Spain/U.S. pact-Part 3", *ITR*, núm. 4., 1994, p. 10.

⁹²⁹ En los mismos términos se formula la cláusula general de buena fe prevista en el nuevo párrafo 20 de los Comentarios al art. 1 (versión 2002).

A pesar de lo que podría deducirse de su redacción, en puridad no se trata de analizar cuál es la *intención* del contribuyente, como han señalado algunos autores⁹³⁰. Por el contrario, lo que hay que apreciar es si existe o no esa intención, a través del examen objetivo de las circunstancias en las que ese contribuyente reclama la aplicación del convenio. Si esta vía de acceso al convenio se expresara en términos subjetivos, difícilmente sería aplicable, porque la Administración competente no dispone de medio alguno, o por lo menos no en la mayoría de los casos, para comprobar si efectivamente existe o no esa intención. Como parece lógico, es improbable que algún contribuyente “confiese” que, en efecto, esa era su intención. Para dotar de sentido a esta vía de acceso, la comprobación debe centrarse sobre hechos objetivos⁹³¹.

Las cláusulas de limitación de beneficios hacen recaer la carga de la prueba sobre el contribuyente. Cuando se acude a esta vía de acceso, *la carga probatoria recae sobre el sujeto pasivo que solicita la aplicación del convenio*⁹³². El contribuyente debe probar que su presencia en el Estado de residencia *no tiene por finalidad principal el disfrute de los beneficios del convenio*.

El *parámetro* establecido en los convenios objeto de estudio para decidir si se conceden sus beneficios es el mismo que el contemplado en la TE del Modelo EEUU. La Administración autorizará la aplicación del convenio cuando el contribuyente pruebe que su presencia y la realización de operaciones desde el Estado de residencia no tiene como objetivo principal acceder a los beneficios del convenio⁹³³.

Con carácter general, los convenios no han desarrollado la cláusula general de buena fe estableciendo criterios que sirvan para determinar cuándo no existe esa finalidad. Esta ausencia ha motivado numerosas críticas por parte de la doctrina. El hecho de que no se establezcan criterios específicos genera un elevado nivel de

⁹³⁰ Cfr. MORRISON, P.; BENNETT, M., “The New U.S.-Netherlands Treaty: Part I...”, *cit.*, p. 333. Precisamente por ello estos autores denominan esta disposición como “cláusula subjetiva” (*subjective rule*).

⁹³¹ En este sentido, ALI, *International...*, *cit.*, pp. 178 y 179.

⁹³² Cfr. RAVENTÓS CALVO, S., “El *treaty shopping*...”, *cit.*, p. 66.

⁹³³ Cfr. SPECTOR, P., “Limitations...”, *cit.*, p. 173.

inseguridad acerca de su cumplimiento. La ausencia de criterios, también, supone materialmente dejar un amplio margen de discrecionalidad a la Administración para decidir sobre la aplicación del convenio⁹³⁴. De hecho, las denominaciones utilizadas para referirse a esta cláusula por algunos autores (*grace clause, discretionary relief*) hacen pensar que se trata de un supuesto en el que la Administración tributaria puede ejercer esta competencia discrecionalmente⁹³⁵.

A pesar de que no se hayan previsto criterios específicos para determinar cuándo existe “dicha finalidad”, no puede afirmarse que la cláusula general de buena fe establece un supuesto de verdadera discrecionalidad administrativa⁹³⁶. La Administración tributaria *debe* estimar la solicitud del contribuyente si éste ha probado que su presencia en el Estado de residencia no tiene como fin principal acceder a los beneficios del convenio⁹³⁷.

⁹³⁴ VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, cit., p. 16-112 señalan que una disposición que deja un margen tan amplio de discrecionalidad a la Administración podría ser contraria al Derecho constitucional alemán.

⁹³⁵ Cfr. PETERS, J.; HOLDEM, K.; SMITH, N., “Dividend mixer companies and the new US/DUTCH pact”, *ITR*, núm. 2, 1995, p. 4 y STRAUCH, B., *Limitation...*, cit., p. 103.

⁹³⁶ Como señalan GALLEGO ANABITARTE, A., *et al.*, *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 91 y 92, “la aplicación por la Administración de la norma jurídica a través de resoluciones administrativas es siempre reglada: no existe discrecionalidad entendida como una decisión de la voluntad adoptada libremente, sino que toda resolución administrativa, está sometida a las determinaciones contenidas en la norma, con más o menos intensidad según permita la regulación aplicable”. Como señalan estos autores, la verdadera discrecionalidad no se encuentra en el supuesto de hecho de la norma, sino solamente en el elemento de cópula. En la norma jurídica, la cópula atribuye a un supuesto de hecho abstractamente formulado, una consecuencia jurídica también abstractamente formulada. En el caso de la cláusula general de buena fe, se trata de un supuesto en el que la norma utiliza conceptos jurídicos indeterminados para definir el supuesto de hecho (*la presencia y la realización de operaciones desde el Estado de residencia no tiene como objetivo principal acceder a los beneficios del convenio*). En estos casos no puede hablarse de verdadera discrecionalidad. “Si acaso, puede utilizarse la expresión *discrecionalidad cognitiva o de juicio*. La Administración tiene que motivar y concretar, conforme a las reglas de la sana crítica, las razones por las que en cada caso considera que se dan circunstancias para entender que concurre o no [esa finalidad]. El margen de apreciación se da en el ámbito de lo *intelectivo*, no de lo *volitivo*. Y, con carácter general, los Jueces y Tribunales pueden controlar con intensidad plena la aplicación que de la norma (de esos conceptos normativos indeterminados) ha hecho la Administración en cada caso”. Cfr. GALLEGO ANABITARTE, A., *et al.*, *Acto...*, cit., pp. 95 a 97 y 100. Véase al respecto, también, GÓMEZ CABRERA, C., *La discrecionalidad de la Administración Tributaria*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 8 a 12.

⁹³⁷ En este sentido, VAN HERKSEN, M., “Limitation on Benefits and the Competent Authority Determination”, *BIFD*, núm. 1, 1996, p. 24. La redacción de la normativa en materia del *branch tax* claramente hace pensar que se trata de una verdadera competencia discrecional, ya que señala que el funcionario competente de la Administración americana decidirá “in his or her sole discretion”. De la redacción de esta cláusula en el nuevo párrafo 20 de los Comentarios al art. 1 (versión 2002), claramente se deduce que no se trata de una competencia discrecional. Esta cláusula señala que cuando

Nō obstante, es innegable que al expresarse el supuesto de hecho de la norma en términos tan genéricos, esta cláusula puede estar dejando una puerta abierta a actuaciones arbitrarias por parte de la Administración a la hora de su apreciación⁹³⁸. Esta situación debe corregirse exigiendo que la Administración motive suficientemente las razones por las que, en cada caso, considera que se dan las circunstancias para entender que no concurre el presupuesto de hecho de la norma⁹³⁹.

Algunos convenios, a través del Memorándum, o bien la propia Administración americana en la *Technical Explanation*, han desarrollado la cláusula general de buena fe estableciendo algunos parámetros para determinar cuándo la presencia del contribuyente en el Estado de residencia no responde a motivos meramente fiscales. La mayor parte de los criterios establecidos se han tomado de la normativa americana del *branch tax* y de los propuestos por el *American Law Institute*⁹⁴⁰. En el apartado siguiente se analizarán detenidamente.

La cláusula general de buena fe tiene siempre *carácter subsidiario*. Sólo podrá acudir a esta vía de acceso cuando no se cumple ninguna de las cláusulas de

se prueben las circunstancias señaladas "A resident of a Contracting State [...] shall, nevertheless, be granted benefits of the Convention".

⁹³⁸ BENNETT, M.; MORRISON, P.; DANIELS, T.; DE HOSSON, F., *Commentary...*, cit., p. 53, señalan que la aplicación arbitraria de esta disposición por parte de la Administración americana difícilmente puede controlarse judicialmente, porque raramente los tribunales americanos estiman que se han ejercitado arbitrariamente competencias discrecionales. Críticas similares se han vertido contra la redacción de esta cláusula en los Comentarios del Modelo OCDE. Así, señala CAVESTANY MANZANEDO, M.A., "El *treaty shopping*...", cit., p. 104, que "quedará al libre albedrío de la autoridad administrativa el valorar si en ellos se ven implícitos como principal meta la obtención de los beneficios del convenio. Queda, por lo tanto, a la discreción del inspector de turno la decisión sobre si existe o no una situación de buena fe, con la consiguiente incertidumbre para el contribuyente y con la posibilidad cierta de obtener diferentes resultados para los mismos supuestos".

⁹³⁹ Cfr. GALLEGU ANABITARTE, A., *et al.*, *Acto y procedimiento...*, cit., p. 100. Como señala GOMÉZ CABRERA, C., *La discrecionalidad...*, cit., pp. 53 a 55, al tratarse de un supuesto en el que la norma utiliza conceptos indeterminados para configurar el supuesto de hecho, cabría, tras la correspondiente revisión judicial de la decisión administrativa, que se produzca la sustitución judicial de la decisión administrativa. Respecto a la cláusula general de buena fe, un órgano jurisdiccional podría considerar que la Administración no apreció correctamente el supuesto de hecho de la norma y, en consecuencia, decidir, al mismo tiempo, la revocación del acto administrativo desestimatorio y otorgar la aplicación del convenio porque se cumple el supuesto de hecho de la norma. Si se tratase de un verdadero supuesto de discrecionalidad (en el elemento de cópula de la norma), el órgano jurisdiccional puede declarar la nulidad de la decisión, pero nunca sustituirla, pues la norma atribuye a la Administración la competencia para decidir.

⁹⁴⁰ Cfr. VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States...*, cit., p. 16-83.

limitación de beneficios anteriores, o bien, resulta aplicable un supuesto de exclusión⁹⁴¹. El Modelo EEUU y los Estados parte de los convenios han mostrado su preocupación por evitar que la cláusula general de fe se convierta en una vía de acceso a los convenios más flexible que el propio cumplimiento de las cláusulas de limitación de beneficios⁹⁴². En definitiva, se pretende evitar que los contribuyentes soliciten la aplicación del convenio sin antes comprobar que efectivamente no cumplen ninguna de esas cláusulas.

En nuestra opinión, la cláusula general de buena fe no reúne las características necesarias para que se convierta en una vía de acceso más sencilla⁹⁴³. En virtud de esta cláusula, el contribuyente tiene que probar que su presencia en el Estado de residencia no tiene como objetivo principal la aplicación del convenio. Lo anterior, sin duda, no facilita el acceso al convenio, a no ser que los parámetros utilizados por la Administración encargada de resolver las solicitudes sean "más flexibles" que los utilizados por las cláusulas de limitación de beneficios. No obstante, incluso cuando la propia Administración no es muy rigurosa al ejercer esta competencia, no hay que perder de vista que la cláusula general de buena fe sigue teniendo una desventaja importante. A diferencia de lo que sucede en el resto de cláusulas, en este supuesto el derecho a la aplicación del convenio deriva de la decisión de la Administración. En tanto en cuanto no se obtenga una decisión favorable, no se tiene derecho a la aplicación del convenio.

La Administración a la que debe dirigirse la solicitud depende del beneficio del convenio que, en su caso, se esté reclamando. Las cláusulas de limitación de beneficios afectan fundamentalmente a las exenciones y reducciones de la tributación por obligación real en el Estado de la fuente y a las medidas para eliminar la doble imposición en el Estado de residencia. Dependiendo del beneficio que se esté

⁹⁴¹ Cfr. VAN HERKSEN, "Limitation...", *cit.*, p. 27. No obstante, *hay que recordar que los sujetos afectados por el método de exclusión utilizado en los convenios con Luxemburgo y Portugal no pueden acceder a los beneficios del convenio ni siquiera a través de esta vía.*

⁹⁴² Cfr. PETERS, J.; HOLDEN, K.; SMITH, N., "Dividend mixer...", *cit.*, p. 5.

⁹⁴³ De hecho, respecto al convenio con los Países Bajos, la Administración americana requiere que en la solicitud se *expliquen las razones por las que no se cumple ninguna de las cláusulas de limitación de beneficios previstas en el convenio.* Cfr. PETERS, J.; HOLDEN, K.; SMITH, N., "Dividend mixer...", *cit.*, p. 5.

reclamando, la solicitud deberá cursarse a la Administración del Estado de la fuente o a la Administración del Estado de residencia⁹⁴⁴.

Los convenios inciden principalmente sobre la tributación en la fuente, por lo que normalmente la aplicación de la cláusula general de buena fe se solicitará a la Administración del Estado que, en su caso, actúe como Estado de la fuente⁹⁴⁵. Los efectos materiales de los convenios en la tributación del Estado de residencia pueden ser escasos, habida cuenta que los ordenamientos internos suelen contemplar medidas para eliminar la doble imposición. En cualquier caso, al existir la posibilidad de que esta solicitud se plantee tanto en el Estado de residencia como en el de la fuente, es preciso un cierto grado de coordinación, para evitar resoluciones contradictorias.

Con este fin, los convenios con Austria, Francia, Irlanda, los Países Bajos y Reino Unido establecen que *la Administración que conozca de la solicitud deberá informar previamente a la autoridad competente del otro Estado cuando decida desestimarla*⁹⁴⁶. *Es deseable que la realización de ese trámite se produzca en todos los convenios para evitar decisiones contradictorias*⁹⁴⁷.

La obligación de informar al otro Estado puede servir también para otros fines. En primer lugar, permite homogeneizar los criterios utilizados por ambas Administraciones, tanto cuando actúan como Estado de la fuente como cuando actúan

⁹⁴⁴ Cfr. Apartado 328 del la TE del Modelo EEUU de 1996.

⁹⁴⁵ La mayoría de los trabajos doctrinales en esta materia no hacen alusión alguna a la solicitud de los beneficios del convenio en el Estado de residencia. Un ejemplo es el trabajo de MORRISON, P.; BENNETT, M., "The New U.S.-Netherlands Treaty: Part I...", *cit.*, p. 333.

⁹⁴⁶ Los convenios con Alemania, Luxemburgo y Suecia establecen que los Estados parte intercambiarán la información que sea necesaria para facilitar la aplicación de la cláusula general de buena fe. Aunque el resto de convenios no prevén nada al respecto, ello no impide que se realicen los intercambios de información necesarios. Es más, difícilmente el Estado que resuelva la solicitud podrá comprobar la veracidad de los hechos expuestos por el contribuyente si no solicita la información correspondiente al otro Estado. Ello sucederá especialmente cuando se solicitan los beneficios del convenio al Estado de la fuente.

⁹⁴⁷ Esta obligación de informar es mucho menos exigente que la disposición prevista en los protocolos de los convenios celebrados por España con Israel y Rusia (apartados 3 y V de los protocolos). Como vimos en el apartado II.F.2.E de este capítulo, se establecía una cláusula de transparencia y una cláusula de actividad en materia de dividendos, intereses, cánones y ganancias patrimoniales. Cuando en virtud de esas cláusulas el convenio no sea aplicable, el convenio dispone que el contribuyente podrá obtener su aplicación si las autoridades competentes de los Estados contratantes convienen que la constitución de la sociedad y la realización de sus operaciones se basan en sólidas razones empresariales y no tienen, por consiguiente, como propósito principal la obtención de tales beneficios. Como se puede apreciar, *es necesario que ambos Estados estén de acuerdo*.

como Estado de residencia. Además, este cauce puede servir a la Administración que, en cada caso, actúe como Administración del Estado de residencia, para realizar un cierto control sobre el ejercicio que el Estado de la fuente realiza de esta competencia. La denegación de los beneficios en la fuente puede tener una repercusión recaudatoria en el Estado de residencia, especialmente si unilateralmente establece medidas para eliminar la doble imposición. Por este motivo, es comprensible que el Estado de residencia se interese acerca de cómo el Estado de la fuente ejerce esta competencia. Este control también beneficia al contribuyente, porque consiste en un medio (indirecto) más de protección frente a un ejercicio arbitrario de esta competencia.

A continuación analizaremos los criterios previstos en algunas *Technical Explanations*, Memorándum explicativos y en la normativa americana para facilitar la aplicación de la cláusula general de buena fe. Seguidamente analizaremos las cuestiones de procedimiento que conciernen a esta cláusula.

V.B.- Los criterios para la estimación de la solicitud

El criterio rector que debe presidir la decisión de la Administración es si la presencia del contribuyente en el Estado de residencia tiene por fin principal la obtención de la aplicación del convenio. Aunque con carácter general el Modelo EEUU no desarrolla dicha regla, algunos convenios, especialmente el convenio con los Países Bajos, han incorporado una serie de criterios para determinar cuándo concurre o no la regla general. El objetivo de todos ellos, como parece lógico, es determinar si efectivamente el contribuyente ha demostrado que no ha adquirido la condición de residente con el único objetivo de obtener la reducción de la tributación en la fuente contemplada en el convenio, o bien las medidas para eliminar la doble imposición en el Estado de residencia.

En su mayoría, los criterios previstos en el convenio con los Países Bajos y en otros convenios se han tomado de la legislación interna estadounidense en materia del *branch tax*. Ello permite, en nuestra opinión, utilizar esos criterios en los convenios que no establecen nada al respecto. Como se ha señalado, si un contribuyente puede obtener la condición de residente cualificado a efectos de la legislación del *branch tax*,

es improbable que la Administración estadounidense le deniegue una solicitud que se cursa en aplicación de un convenio⁹⁴⁸. También hay que tener en cuenta que estos criterios, en los convenios que se han previsto, se han introducido en el Memorándum interpretativo. El Memorándum, en principio, no introduce aspectos nuevos en el convenio, sino solamente recoge la interpretación del convenio acordada por los Estados parte.

Los criterios se analizarán partiendo de los enumerados en el Memorándum del convenio con los Países Bajos (apartados XIX, XX y XXI). Con carácter general, hay que señalar que estos criterios tienen el mismo valor y que, de su cumplimiento, no se deriva automáticamente la obligación de estimar la solicitud. La Administración valorará la concesión de los beneficios atendiendo a todas las circunstancias concurrentes pudiendo, en su caso, acudir a otros criterios, siempre y cuando se ajusten a la regla general establecida por el convenio⁹⁴⁹. Estos criterios son los siguientes:

a) *La fecha de constitución de la sociedad y la fecha de entrada en vigor del convenio.* Según este criterio, el hecho de que una entidad se haya constituido con anterioridad a la entrada en vigor del convenio, es indicativo de que no se ha establecido en el Estado de residencia con el único fin de beneficiarse de su aplicación. No obstante, este parámetro no resuelve por sí mismo la cuestión que aquí se enjuicia. Nada descarta que a pesar de haberse constituido con anterioridad, la constitución de la sociedad no tenga como finalidad principal el acceder a los convenios de doble imposición celebrados por ese Estado. Es más, cuando la constitución es anterior, con mayor razón podría pensarse que existe esa intención. Con posterioridad a la entrada en vigor de un convenio con cláusulas de limitación de beneficios existen menores motivos para su utilización en estructuras *treaty shopping*. Por ejemplo, tiene menos sentido utilizar los Países Bajos para realizar este tipo de estructuras tras la entrada en vigor del convenio de 1992 con EEUU, habida cuenta

⁹⁴⁸ Cfr. BENNETT, M.; MORRISON, P.; DANIELS, T.; DE HOSSON, F., *Commentary...*, cit., p. 62.

⁹⁴⁹ Cfr. VAN HERKSEN, M., "Limitation...", cit., pp. 25 y 26 y SHAFFNER, J., "Highlights...", cit., p. 169.

que la cláusula de limitación de beneficios del nuevo convenio dificulta en gran medida su aplicación. Por el contrario, bajo el convenio anterior, bastaba ser residente en el sentido del convenio, para poder beneficiarse de su régimen jurídico. Por ello, puede que se produzca justamente lo contrario, antes de la entrada en vigor del nuevo convenio existían mayores motivos para la utilización de un determinado Estado en estructuras *treaty shopping*. No obstante, es cierto que este criterio sí es válido cuando con anterioridad a la entrada en vigor de un convenio no existía otro anterior.

b) *La continuidad de la actividad empresarial de la sociedad y de las personas a las que pertenece el capital de la misma.* Cuando se mantienen ambos aspectos a la entrada en vigor del convenio, puede descartarse que exista un fin meramente elusor de la sociedad. Los cambios en ambos aspectos, por el contrario, serán valorados negativamente, siempre y cuando no respondan a motivos empresariales válidos. Con ello se pretende evitar otorgar los beneficios del convenio a operaciones de adquisición de sociedades residentes en un Estado con el único fin de reducir la carga tributaria global del grupo a través del régimen previsto en el convenio⁹⁵⁰.

c) *Si la sociedad se establece en un Estado con el fin de acceder a una serie de beneficios especiales previstos en su legislación interna.* Si la entidad está sometida al régimen general de tributación previsto en un determinado Estado, las posibilidades de que el establecimiento tenga como motivo principal desarrollar una estructura *treaty shopping* se reducirán. Por el contrario, se valorará negativamente que disfrute de un régimen especial de tributación en el Estado de residencia.

VAN HERKSEN propone que este criterio se utilice para examinar los beneficios existentes en el convenio de doble imposición celebrado entre el Estado de residencia y el Estado de residencia de las personas que controlan la sociedad. De esta manera, puede examinarse cuál es la tributación efectiva de los rendimientos obtenidos en la fuente y no meramente si en el Estado de residencia están sujetos a un régimen tributario privilegiado⁹⁵¹.

⁹⁵⁰ Cfr. VAN HERKSEN, M., "Limitation...", *cit.*, p. 25.

⁹⁵¹ Cfr. VAN HERKSEN, M., "Limitation...", *cit.*, p. 26.

d) *La necesidad por parte de la sociedad para el desarrollo de su actividad empresarial de un conjunto de medios materiales y personales situados en el Estado de residencia.* En este supuesto el contribuyente debe explicar las razones que le han llevado a elegir el Estado en el que reside para desarrollar allí su actividad empresarial. El contribuyente debe justificar por qué el Estado elegido reúne condiciones más favorables que otros para el desarrollo de la actividad que constituye el objeto de su empresa. Tendrá más o menos sentido en la medida que los elementos que justifican su decisión no se encuentran también en otros Estados⁹⁵².

e) *La pertenencia de los Estados parte del convenio a determinadas organizaciones internacionales.* Como consecuencia de la pertenencia a determinadas organizaciones internacionales (Unión Europea, Tratado de Libre Comercio de América del Norte, etc.), los Estados parte pueden estar incumpliendo obligaciones internacionales como consecuencia de las cláusulas de limitación de beneficios. Así, por ejemplo, la cláusula de propiedad puede ser contraria a la libertad de establecimiento comunitaria, porque limita la aplicación del convenio a las sociedades participadas por sujetos residentes en alguno de los Estados parte⁹⁵³. Como ha afirmado la doctrina, esta vía de acceso puede constituir una vía adecuada para resolver las posibles incompatibilidades e incumplimientos que puedan producirse⁹⁵⁴.

Así, con respecto a la Unión Europea, el Memorándum (apartado XI) del convenio con los Países Bajos señala que debería resolverse favorablemente la solicitud de aplicación del convenio cuando la razón del incumplimiento es la modificación de la estructura del capital de una sociedad como consecuencia de un proceso de reestructuración empresarial (fusión, escisión, etc.) realizado al amparo de la normativa comunitaria.

f) *Si hubiera disfrutado de los mismos beneficios de haber residido en el Estado donde residen la mayoría de sus partícipes.* Este criterio se formula en

⁹⁵² Cfr. VAN HERKSEN, M., "Limitation...", *cit.*, p. 25.

⁹⁵³ Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., "EC Law...", *cit.*, p. 81.

⁹⁵⁴ Esa es la tesis fundamental de MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., "EC Law...", *cit.*, pp. 85 y 86. Estas cuestiones las abordaremos en el próximo capítulo al estudiar la compatibilidad de estas normas con el Derecho comunitario.

términos similares a la cláusula de beneficios derivados. El hecho de que el convenio de doble imposición celebrado entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia de la mayoría de los partícipes de la sociedad perceptora de los rendimientos contemple un régimen similar o más favorable, es indicativo de que el establecimiento en ese Estado no tiene por finalidad exclusiva el acceso a su red de convenios y, en particular, al convenio celebrado con el Estado de la fuente⁹⁵⁵.

Sin embargo, que se produzca esta situación no implica que automáticamente la Administración del Estado de la fuente reconozca el derecho a la aplicación del convenio. Para ello es necesario que concurren elementos adicionales que prueben que no se produce *treaty shopping*.

De no ser así, la aplicación del convenio por la simple concurrencia de este requisito haría absurda la cláusula de beneficios derivados. Como hemos visto, en todos los casos era necesario que un determinado porcentaje del capital de la sociedad que percibe los rendimientos perteneciera a residentes cualificados, o bien, a residentes de Estados miembros de la UE, TLCAN o EEE. Además, era necesario cumplir la cláusula de erosión en la base. Por este motivo, de aplicarse automáticamente los beneficios del convenio en estos casos, el acceso a través de un medio excepcional (cláusula general de buena fe) sería más sencillo que a través de los medios normales.

g) *La dependencia entre las operaciones que generan los rendimientos en la fuente y los medios personales y materiales existentes en el Estado de residencia.* Como señala VAN HERKSEN, pretende evitarse que sociedades que realizan actividades de carácter empresarial de escasa importancia, puedan acceder al convenio. Entre ellas pueden destacarse determinadas sociedades de financiación y de tenencia de valores cuya actividad empresarial en el Estado de residencia es escasa, habida cuenta que su función se limita a acceder al mercado de capitales con el fin de

⁹⁵⁵ Cfr. BENNETT, M.; MORRISON, P.; DANIELS, T.; DE HOSSON, F., *Commentary...*, cit., pp. 54 y 61.

poner a disposición de entidades vinculadas los capitales tomados a préstamo o bien la mera tenencia de participaciones⁹⁵⁶.

h) *El grado o margen con que se produce el incumplimiento de las cláusulas de limitación de beneficios.* Un criterio establecido por la propia Administración americana en la TE del convenio con los Países Bajos es la medida en que el contribuyente no cumple una cláusula de limitación de beneficios. Habida cuenta de los términos tan minuciosos en los que se han establecido las cláusulas de limitación de beneficios, es posible que algunos contribuyentes no cumplan todos los requisitos de alguna cláusula del convenio, pero el margen que queda por cubrir del porcentaje de participación, volumen de renta destinado a pagos que tienen la consideración de carácter deducible, etc., sea muy reducido. A pesar de que no cumplen los términos de la cláusula, están muy cerca de cumplirla (*the narrow margin factor*). Este dato, a juicio de la Administración americana, debe tomarse en cuenta a la hora de decidir si se concede a un sujeto la aplicación del convenio. Obviamente, por sí sólo no es un factor determinante, pero sí puede contribuir, junto a otros factores, al otorgamiento de los beneficios del convenio⁹⁵⁷. De hecho, la Administración americana exige que las solicitudes presentadas por los contribuyentes expresen ese extremo –el hecho de que el incumplimiento de una determinada cláusula es por un escaso margen-⁹⁵⁸.

Finalmente, otro criterio que podría tomarse en cuenta por los contribuyentes y la Administración, aunque no se recoge en ningún lugar, es el siguiente. Las cláusulas de limitación de beneficios de los convenios analizados coinciden en sus aspectos sustanciales. No obstante, existen determinadas diferencias que, en algunos casos, amplían el ámbito de aplicación del convenio. Por ejemplo, solamente un número reducido de convenios tiene cláusulas de beneficios derivados, de administración central de un grupo multinacional o computan también las actividades en otros Estados al efecto de cumplir el requisito de la “sustancialidad” de la cláusula de actividad.

⁹⁵⁶ Cfr. VAN HERKSEN, M., “Limitation...”, *cit.*, p. 26.

⁹⁵⁷ Cfr. VAN HERKSEN, M., “Limitation...”, *cit.*, p. 27.

⁹⁵⁸ Cfr. PETERS, J.; HOLDEN, K.; SMITH, N., “Dividend mixer...”, *cit.*, p. 5.

Estas diferencias se han materializado por haberse negociado el convenio en un momento posterior. Las partes negociadoras ya contaban con un bagaje importante de convenios con cláusulas de limitación de beneficios, como para poder ampliar y mejorar las cláusulas existentes⁹⁵⁹. A pesar de que esos aspectos novedosos no estén previstos en determinados convenios, los contribuyentes afectados podrían justificar el acceso a través de esta vía alegando que de haberse formulado las cláusulas del convenio implicado en el sentido de otros convenios, sí hubieran logrado el acceso al mismo. Obviamente, el traslado de dichas cláusulas a otros convenios no tienen las mismas consecuencias, dado que no suponen automáticamente la aplicación del convenio. No obstante, consideramos que se trata de una vía perfectamente legítima para solicitar la aplicación del convenio a través de esta modalidad de acceso. Dichas cláusulas, aunque no estén previstas expresamente en el convenio implicado, responden a los presupuestos sobre los que se asientan las cláusulas de limitación de beneficios. En consecuencia, deben valorarse favorablemente en orden a estimar la solicitud del contribuyente.

Los criterios expuestos anteriormente, aunque no son definitivos, pueden contribuir a facilitar la labor del contribuyente y de la Administración. Para el primero, con el fin de saber cómo debe justificar que su presencia en el Estado de residencia no tiene como fin principal la aplicación del convenio. Para la Administración competente, para tener algunos criterios para determinar si la presencia del contribuyente tiene el fin señalado. En cualquier caso, el cumplimiento de cualquiera de estos requisitos no significa que, automáticamente, la decisión de la Administración vaya a ser favorable. No obstante, sí es cierto que si se cumplen, la Administración deberá motivar suficientemente su decisión cuando decida denegar la aplicación del convenio, porque no se cumple el presupuesto de hecho de la norma⁹⁶⁰.

⁹⁵⁹ BROUWER, J., "Netherlands-U.S. Tax Treaty in Practice", *TNI*, núm. 14, 1997, pp. 1105, constata la perplejidad de la Administración holandesa al saber que los EEUU había accedido a pactar con Luxemburgo una cláusula de beneficios derivados que no requería porcentaje alguno de propiedad local.

⁹⁶⁰ También puede ser relevante la existencia de una práctica administrativa en esta materia. Como ha señalado BARQUERO ESTEVAN, J.M., *La información...*, cit., pp. 148 y 149 el principio del precedente administrativo exige un trato igual de los supuestos iguales, es decir, exige resolver de igual forma supuestos iguales, siendo las decisiones precedentes medida de esa igualdad. *De ahí que cuando la Administración viene resolviendo determinados supuestos en un sentido determinado, es decir, ante un precedente o una práctica administrativa, deviene obligada a seguir resolviendo en el mismo sentido*

Sóamente en una ocasión parece que la decisión de la Administración debe ser, en todo caso, estimatoria⁹⁶¹. Se trata del supuesto contemplado en el apartado XX del Memorándum del convenio entre EEUU y los Países Bajos. Tal y como está redactado dicho apartado, parece que la Administración competente deberá estimar la solicitud si concurren tres requisitos: a) la entidad es propietaria de valores cuyos rendimientos se generan; principalmente, en Estados distintos del otro Estado parte del convenio b) la propiedad de la sociedad está ampliamente repartida c) la sociedad cuenta con medios personales suficientes en el Estado de residencia para la gestión de los valores de la que es titular. Es probable que este apartado se haya introducido para facilitar el acceso del convenio a entidades de intermediación en los mercados de valores para las operaciones por cuenta propia, ya que el convenio con los Países Bajos no considera actividad empresarial la actividad desarrollada por las entidades autorizadas para operar en dichos mercados.

V.C.- Aspectos del procedimiento para solicitar la aplicación del convenio

Los convenios no han regulado el procedimiento conforme al cual deben tramitarse las solicitudes de los contribuyentes. Solamente algunos convenios han contemplado un trámite que debe producirse con carácter previo al momento de resolverse el procedimiento. Este trámite consiste, como ya hemos señalado, en que la Administración del Estado parte que conoce del procedimiento debe informar a la Administración del otro Estado cuando pretende desestimar la solicitud⁹⁶².

Sin perjuicio del trámite antedicho, el procedimiento para la aplicación de la cláusula general de buena fe se regulará por la legislación de cada Estado. En este sentido, los Estados pueden tener en cuenta a la hora de regular ese procedimiento

o bien a justificar suficientemente cualquier apartamiento de aquél. Esta autovinculación que genera el precedente administrativo se explica tradicionalmente como una derivación o una exigencia del principio de igualdad (también otros, como el de protección de la confianza o el de la buena fe).

⁹⁶¹ En este sentido, CHICA, J.; JOHNSON, J. "The New...", *cit.*, p. 1520 y SPECTOR, P., "Limitations...", *cit.*, p. 174.

⁹⁶² En la práctica, según da noticia BROUWER, J., "Netherlands...", *cit.*, p. 1103, los EEUU y los Países Bajos están cursando las correspondientes consultas. En los años 1994, 1995 y 1996 la Administración americana recibió veinticinco solicitudes. Los beneficios se solicitaron en su condición de Estado de la fuente. La Administración holandesa sólo recibió durante ese período tres solicitudes.

algunos aspectos previstos en la legislación estadounidense del *branch tax* y las *Technical Explanations* de los convenios.

En primer lugar, las solicitudes deben dirigirse a la "autoridad competente". Los convenios señalan quién es la autoridad competente en cada caso. Por ejemplo, en el convenio entre EEUU y España, la autoridad competente en EEUU es el Secretario del Tesoro o su delegado. Respecto al Estado español, el Ministro de Economía y Hacienda o su delegado es la autoridad competente.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta las referencias previstas en la TE del Modelo EEUU con respecto a los efectos de la resolución que autoriza el acceso al convenio. La resolución tendrá efectos a partir de la entrada en vigor del convenio. No obstante, si el establecimiento de la entidad en el Estado de residencia o la operación a la que se refiere la solicitud es posterior a esa fecha, los efectos se producirán a partir de la fecha del establecimiento o la realización de la operación. Como se puede apreciar, la TE permite que la resolución tenga efectos retroactivos. La posibilidad de que los efectos de la resolución se retrotraigan a un momento anterior, mejora la posición de los sujetos que tienen que utilizar esta vía de acceso. El hecho de que no haya resuelto la Administración, o bien que no se haya formulado la solicitud con anterioridad al momento en el que se percibe el rendimiento, no impedirá que finalmente el contribuyente se beneficie del convenio. En cualquier caso, la solicitud no deberá demorarse excesivamente por la existencia de plazos de prescripción para reclamar la devolución del impuesto pagado en exceso como consecuencia de la aplicación del convenio.

En cuanto al período de validez de la autorización, la legislación del *branch tax* establece que se extenderá al ejercicio en el que resuelve la Administración —sin perjuicio de los efectos retroactivos que pueda tener— y a los dos siguientes⁹⁶³. La validez de la resolución se condiciona al hecho de que no se hayan modificado las circunstancias concurrentes en el momento de presentar la solicitud. Cuando ello

⁹⁶³ Cfr. BENNETT, M.; MORRISON, P.; DANIELS, T.; DE HOSSON, F., *Commentary...*, cit., pp. 62 y 63.

suceda, el contribuyente debe notificarlo dentro de los noventa días siguientes a la Administración, para que ésta decida si mantiene la aplicación del convenio.

Las legislaciones de los Estados parte podrán tener en cuenta las cuestiones anteriormente señaladas para regular el procedimiento correspondiente. En España no se ha regulado hasta la fecha procedimiento alguno. Por lo tanto, la solicitud deberá seguir las reglas del procedimiento administrativo general. Si la Administración española no resuelve en plazo, la solicitud debe entenderse estimada por silencio positivo (art. 43 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común). Los efectos de la autorización, al no haberse previsto nada, deben mantenerse en tanto en cuanto no se modifiquen las circunstancias concurrentes en el momento de la solicitud.

VI.- La gestión de la obligación real de contribuir: la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición con cláusulas de limitación de beneficios

VI.A.- Cuestiones generales sobre la gestión de los impuestos sobre los no residentes

Las cláusulas de limitación de beneficios inciden sobre la tributación de los rendimientos en el Estado de la fuente y la aplicación de las medidas para eliminar la doble imposición en el Estado de residencia. Los problemas principales de estas cláusulas se plantean respecto a la tributación en el Estado de la fuente de los rendimientos. Por este motivo, en este apartado se analizarán exclusivamente los problemas de aplicación en el Estado de la fuente.

Como ha señalado GONZÁLEZ POVEDA, la administración de los impuestos establecidos sobre los no residentes es una cuestión fundamental de cualquier sistema de imposición. No es suficiente establecer una norma que establezca la sujeción de las rentas obtenidas en un Estado por los no residentes; es necesario, además, instrumentar medidas para que estos impuestos puedan recaudarse efectivamente⁹⁶⁴.

⁹⁶⁴ GONZÁLEZ POVEDA, V., *Tributación de no residentes*, La Ley, Madrid, 1993, p. 451.

En la mayoría de Estados, la gestión de los impuestos sobre no residentes está condicionada por el sistema de imposición establecido. En este sentido, se distingue dos tipos de contribuyentes. Por un lado, aquellos que mantienen relaciones estables y duraderas con el territorio de un Estado. Se trata, fundamentalmente, de los contribuyentes que obtienen rendimientos a través de un establecimiento permanente⁹⁶⁵. Por otro lado, se encuentran los contribuyentes no residentes que obtienen rentas de carácter esporádico o cuya vinculación con la economía y el territorio de un Estado es débil⁹⁶⁶.

Por regla general, los impuestos sobre los no residentes que mantienen un nexo duradero y estable con la economía de un Estado se estructuran y gestionan de la misma forma que los contribuyentes sujetos por obligación personal⁹⁶⁷. Los impuestos sobre los no residentes que no reúnen dicho vínculo, progresivamente, se han ido configurando en un gravamen que incide sobre cada renta que perciba el no residente sin que le permita, en la mayoría de las ocasiones, subjetivizar el gravamen a través del conjunto de deducciones de las que sí disfrutaban los residentes⁹⁶⁸.

Respecto a la gestión de los tributos sobre los no residentes sin establecimiento permanente, el control del cumplimiento efectivo del pago del impuesto ha sido el motivo tradicional de preocupación para los legisladores, ante las limitaciones evidentes para ejercer los poderes de cobro coactivo por parte de los órganos de la Administración tributaria por la ausencia de un nexo de carácter personal del contribuyente con el territorio⁹⁶⁹. Debido a estas limitaciones, la normativa relativa a la obligación real de contribuir ha previsto diferentes garantías específicas tendentes a

⁹⁶⁵ Este es el sistema seguido por la normativa española distinguiendo entre los contribuyentes no residentes con o sin establecimiento permanente en el territorio español. El mismo sistema se sigue, por ejemplo, en EEUU, distinguiendo entre los no residentes que obtienen rendimientos vinculados con una actividad empresarial realizada en los EEUU (*income effectively connected with the conduct of a trade or business in the United States*) y los que no. Cfr. MCDANIEL, P.; AULT, H., *Introduction...*, cit., pp. 49 a 57.

⁹⁶⁶ Cfr. GONZÁLEZ POVEDA, V., *Tributación...*, cit., p. 451.

⁹⁶⁷ Ello sucede respecto a la tributación de los no residentes con establecimiento permanente. La asimilación de la tributación de los no residentes con establecimiento permanente con la de los sujetos residentes, se ha denominado como la "personalización" del establecimiento permanente. Sobre ello BAENA AGUILAR, A., *La obligación real...*, cit., pp. 133 a 142.

⁹⁶⁸ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., en *Comentarios a la LIRNR*, cit., p. 226.

⁹⁶⁹ Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., en *Comentarios a la LIRNR*, cit., p. 96.

asegurar su cumplimiento efectivo o a facilitar las pretensiones de cobro de la Administración tributaria. Entre dichas garantías debe destacarse el mecanismo de la retención.

En este sentido, este mecanismo se ha articulado a través de la técnica del *withholding tax* o "retención a cuenta de carácter definitivo". Como ha señalado CALDERÓN, "este mecanismo consiste en que el pagador, depositario o gestor de bienes y derechos del no residente (*withholding agent*) aplica un tipo de gravamen específico como retención sobre las rentas brutas satisfechas u obtenidas, que coincide con la cuota tributaria debida por el contribuyente"⁹⁷⁰. Esta técnica libera al contribuyente de la obligación de presentar declaración⁹⁷¹.

La retención definitiva se practicará atendiendo a lo dispuesto por la legislación interna. A este respecto hay que analizar cómo inciden los convenios de doble imposición cuando resultan aplicables. La influencia de los convenios se materializa principalmente en la tributación de los no residentes sin establecimiento permanente, por la existencia de "límites de imposición" en los convenios.

Los sistemas que se han articulado para aplicar los límites del convenio son fundamentalmente dos. En primer lugar, el pagador practica la retención prevista en su ordenamiento sin tener en cuenta el convenio. En estos casos, cuando la imposición soportada por el contribuyente es superior a la autorizada por el convenio, éste deberá solicitar a la Administración tributaria del Estado de la fuente la devolución de la cantidad correspondiente. En segundo lugar, el pagador de los rendimientos practica la retención teniendo en cuenta los límites de imposición previstos en el convenio que

⁹⁷⁰ CALDERÓN CARRERO, J.M., en *Comentarios a la LIRNR*, cit., pp. 226 y 227.

⁹⁷¹ Como ha señalado BAENA AGUILAR, A., *La obligación...*, cit., p. 411, esta retención no puede calificarse como retención a cuenta, porque el impuesto a cargo del contribuyente no residente se devenga al mismo tiempo que surge la obligación de retener. BAENA, siguiendo la caracterización de SOLER ROCH, M.T., "Notas sobre la configuración de las obligaciones o deberes tributarios con especial referencia al Impuesto sobre la Renta de las Personas Jurídicas", *REDF*, núm. 25, 1980, p. 17, señala que en este caso no es posible hablar de una obligación a cuenta, pues no existe una entrega de dinero eventualmente a título de tributo. El ingreso tiene naturaleza contributiva y carece de carácter instrumental o dependiente de la obligación tributaria principal, pues es en sí mismo una obligación principal. Se trata de una retención en la fuente, pero no a cuenta, sino definitiva.

resulte aplicable. Como parece lógico, si el convenio atribuye al Estado de residencia el gravamen exclusivo, no deberá practicar retención alguna⁹⁷².

En la actualidad, la tendencia generalizada en el ámbito internacional es a utilizar el segundo sistema. El retenedor detraerá la cantidad que corresponda según su legislación interna pero teniendo en cuenta los límites del convenio. Como ha señalado el profesor CALDERÓN, esta tendencia se justifica porque este "mecanismo responde a las necesidades de celeridad del tráfico internacional y ocasiona menos quebrantos financieros y de gestión al contribuyente y la propia Administración. A su vez, si se tiene en cuenta la lentitud y complejidad que entrañan, en ocasiones, los sistemas de devolución, la fugacidad de los plazos de solicitud y la circunstancia de que algunos países no abonan intereses por el tiempo que han disfrutado del exceso de las rentas retenido, lo más acorde con el objetivo de los [convenios] parece ser aplicar el sistema de tributación reducida en la fuente para la generalidad de los supuestos donde éstos establecen reglas de distribución del poder tributario con limitación de tipos en un Estado contratante"⁹⁷³.

El sistema anterior, sin lugar a dudas, es el más favorable para los contribuyentes afectados y el que también mejor permite conseguir los fines de los convenios de doble imposición. No obstante, para que en la práctica sea eficaz, la legislación del Estado de la fuente, o bien el convenio de doble imposición, debe delimitar perfectamente cuál es el alcance de la responsabilidad del retenedor cuando practica la retención teniendo en cuenta los límites del convenio.

⁹⁷² Así sucede, entre otros, en los siguientes Estados: Dinamarca (cfr. EMMELUTH, C., "Access to Tax Treaty Benefits: Procedural Aspects. Denmark", *TMIF*, núm. 3, 1996, pp. 11 a 12), Francia (cfr. CAMPBELL, C., "Access to Tax Treaty Benefits: Procedural Aspects. France", *TMIF*, núm. 3, 1996, pp. 13 a 15), Irlanda (cfr. MURRAY, D., "Access to Tax Treaty Benefits: Procedural Aspects. Ireland", *TMIF*, núm. 3, 1996, pp. 19 a 21) Italia (cfr. SPREAFICO, L., "Access to Tax Treaty Benefits: Procedural Aspects. Italy", *TMIF*, núm. 3, 1996, pp. 22 a 24) y los Países Bajos (cfr. ELLIS, M., "Access to Tax Treaty Benefits: Procedural Aspects. The Netherlands", *TMIF*, núm. 3, 1996, pp. 27 a 29).

⁹⁷³ CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional en los convenios...*, cit., pp. 68 y 69. En términos similares se pronuncia LUCAS DURÁN, M., *La tributación...*, cit., pp. 320 a 324. Respecto al caso de Alemania, por ejemplo, a pesar de que el mecanismo de aplicación directa del convenio por el retenedor es posible, normalmente se actúa mediante el procedimiento de retención según la legislación interna y posterior devolución. Ello se debe a que sólo es posible el mecanismo de aplicación directa si el retenedor previamente ha sido autorizado por la Administración tributaria. Cfr. DEBATIN, H.; ENDRES, D., *Das neue...*, cit., pp. 483 a 485 y KILLIUS, J., "Access to Tax Treaty Benefits: Procedural Aspects. Germany", *TMIF*, núm. 3, 1996, pp. 16 y 17.

Cómo parece lógico, el retenedor es el primer interesado en la aplicación correcta del convenio⁹⁷⁴. En la mayoría de los ordenamientos, la obligación impuesta al retenedor es una obligación distinta e independiente de la exigida al contribuyente. El retenedor es responsable por una deuda propia y no por una deuda ajena. Si el retenedor practica la retención aplicando directamente el convenio y, posteriormente, la Administración considera que el convenio no era aplicable, o bien que lo era de manera distinta, el impuesto no ingresado le será exigido al retenedor. Es probable, también, que la Administración tributaria sólo pueda dirigirse contra el retenedor para el cobro de la deuda tributaria, especialmente en los casos en los que el no residente no tiene bienes en el territorio del Estado de la fuente que aseguren el cobro de la deuda tributaria⁹⁷⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, el mecanismo de aplicación directa del convenio por el retenedor, sólo se materializará, en la práctica, si normativamente se articula algún mecanismo que exonere al retenedor de responder por las consecuencias derivadas de una incorrecta aplicación del convenio, siempre y cuando haya cumplido un determinado nivel de diligencia. En caso contrario, “se fuerza con ello al [retenedor] a realizar una interpretación *lo menos lesiva* posible para sus propios intereses, sea ésta conforme o no con el convenio”, lo que le llevará, en la práctica, a realizar la retención según la legislación interna, con el fin de evitar cualquier tipo de responsabilidad⁹⁷⁶.

Cuando un convenio de doble imposición es aplicable, la primera cuestión que debe comprobarse es si el sujeto que obtiene el rendimiento se encuentra dentro del ámbito subjetivo del mismo. Como es sabido, en la mayoría de los convenios basta con que el contribuyente esté sujeto en el Estado de residencia por la renta mundial obtenida en virtud de alguno de los criterios señalados en el art. 4 del Modelo OCDE.

⁹⁷⁴ Cfr. O'DONNELL, T.; MARCOVICI, P.; MICHAELS, M., “The New U.S. Withholding Tax Regime: To Be or Not To Be, a Qualified Intermediary”, *TPIR*, núm. 6, 2000, p. 4.

⁹⁷⁵ Cfr. DOERNBERG, R., *International Taxation*, West Publishing Company, St. Paul, 1999, p. 139.

⁹⁷⁶ GARCÍA PRATS, F.A., en *Comentarios a la LIRNR*, cit., p. 387. En este sentido, también, SHAY, S., “Re-examining Chapter 3 income tax withholding and the role of the withholding agent”, en VV.AA., *Essays on International Taxation*, Kluwer, Deventer, 1993, pp. 344 y 345.

Si el contribuyente que obtiene el rendimiento cumple ese requisito, en principio, el convenio es aplicable y el retenedor deberá practicar la retención teniendo en cuenta los límites del convenio. Para garantizar que el retenedor aplique la retención según lo dispuesto en el convenio, es preciso que normativamente se articule algún supuesto de exención de responsabilidad, con el fin de que el retenedor eluda cualquier tipo de responsabilidad derivada de la aplicación incorrecta del convenio.

En este sentido, normalmente será el sujeto que obtiene el rendimiento quien solicitará al retenedor la aplicación del convenio. El contribuyente, de algún modo, tendrá que acreditar la aplicación del convenio alegado al retenedor. El mecanismo que normalmente se utiliza es la acreditación mediante la entrega de un certificado de residencia expedido por el Estado donde reside el sujeto. Ello no quiere decir que el cumplimiento del convenio pueda acreditarse de otra manera, pero lo deseable es que en los casos en que se acredite la aplicación del convenio a través del método reconocido por la legislación del Estado de la fuente o el convenio, el retenedor no sufra consecuencia alguna si posteriormente la Administración tributaria de ese Estado considera que el convenio no era aplicable.

Solamente de la manera expuesta, es posible garantizar que los retenedores adopten la postura menos lesiva para sus intereses, que es precisamente retener sin tener en cuenta el convenio. La legislación del Estado de la fuente o el convenio implicado, debe resolver cómo debe acreditar el no residente el cumplimiento del convenio al retenedor. Una forma es la entrega o exhibición de un certificado de residencia válido. Ello no impide que se demuestre ese particular a través de cualquier otro método, pero en esos casos -cuando se haga conforme a un método no expresamente previsto- el retenedor podría sufrir las consecuencias que correspondan si posteriormente se comprueba que el convenio no es aplicable.

La aplicación directa del convenio por el retenedor se complica sensiblemente en los convenios que incluyen cláusulas de limitación de beneficios similares a las que han sido objeto de estudio. La comprobación de su cumplimiento por parte del retenedor puede resultar muy gravosa y, en determinadas ocasiones, imposible. Para

evitar que en la práctica la aplicación del convenio se resuelva por el mecanismo de retención y posterior devolución, es necesario que los Estados parte, o por lo menos la legislación del Estado de la fuente, articulen métodos que permitan al retenedor tener la seguridad de que se cumplen las cláusulas de limitación de beneficios o, al menos, de evitar las consecuencias respecto a un supuesto de aplicación del convenio cuando, realmente, no se cumplen dichas cláusulas.

En este sentido parecen dirigirse algunas de las declaraciones contenidas en los convenios que acompañan un Memorándum. En particular, el apartado X del Memorándum del convenio entre EEUU y los Países Bajos establece que los Estados parte articularán los procedimientos oportunos para facilitar la aplicación del convenio⁹⁷⁷. Esta declaración, como veremos en el siguiente apartado, ha tenido un desarrollo efectivo en dicho convenio. Sin embargo, los mecanismos adoptados no son asimilables al articulado por Suiza en aplicación de sus normas internas en materia de *treaty shopping* (cfr. el apartado III.C del segundo capítulo).

La técnica adoptada es la siguiente. Suiza, cuando actúa como Estado de residencia, comprobará si sus normas internas anti-abuso son aplicables. Cuando compruebe que lo son, calculará cuál es el impuesto por obligación real que ha dejado de percibir el Estado de la fuente en virtud de la aplicación del convenio. La Administración tributaria suiza se ocupará de exigir al contribuyente las sumas dejadas de ingresar y, posteriormente, las transferirá al Estado de la fuente⁹⁷⁸. Esta técnica es un buen ejemplo no sólo de asistencia entre Administraciones tributarias en la comprobación de la aplicación de los convenios de doble imposición, sino también en la *recaudación de deudas tributarias*, cuyo desarrollo en el ámbito internacional es menos frecuente⁹⁷⁹.

⁹⁷⁷ Cfr. TURRO, J., "U.S. and the Netherlands...", *cit.*, p. 1473.

⁹⁷⁸ Cfr. COHEN, H.; POLLACK, L.; SCHERER, M., "Analysis...", *cit.*, p. 54 y REINARZ, P., "Swiss/US pact sets strict limitation on benefits", *JTR*, núm. 12, 1996, p. 116. Desde el punto de vista recaudatorio, este régimen no favorece a Suiza cuando actúa como Estado de residencia, porque el aumento de la imposición en la fuente, por la no aplicación del convenio, supondrá en la mayoría de los casos una pérdida recaudatoria para el Estado de residencia, especialmente si el método utilizado para eliminar la doble imposición es el de imputación; incluso cuando éste se exprese en su modalidad ordinaria.

⁹⁷⁹ Sobre ello GRAU RUIZ, M.A., *La cooperación internacional para la recaudación de tributos*, La Ley, Madrid, 2000 y GARCÍA PRATS, F.A., "La asistencia mutua en materia de recaudación

Esta técnica, sin embargo, no se ha materializado en los convenios objeto de estudio, principalmente, porque EEUU considera que no es adecuado que sea el Estado de residencia quien se ocupe de comprobar si se han cumplido las normas que protegen principalmente la tributación en la fuente⁹⁸⁰. En los convenios objeto de estudio, en principio, recae sobre los retenedores y la Administración tributaria del Estado de la fuente la tarea de comprobar si procede la aplicación de las exenciones o reducciones previstas por el convenio. Otra cosa es que para realizar esa comprobación, se hayan desarrollado mecanismos por los Estados parte para facilitar la aplicación del convenio por el retenedor del Estado de la fuente y su posterior comprobación por el Estado de la fuente. Aún así, consideramos que no hay ningún motivo para rechazar la técnica de asistencia recaudatoria puesta en marcha unilateralmente por Suiza, porque directamente no afecta a la decisión acerca de si el convenio es aplicable. Es más, ello contribuye a descargar de responsabilidades al retenedor, porque se ha habilitado un mecanismo que evita que, en la mayoría de los casos, *sólo sea él la única persona a la que materialmente se puede dirigir la Administración tributaria del Estado de la fuente para la exacción de la deuda tributaria*⁹⁸¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el epígrafe siguiente analizaremos el sistema de tributación de los no residentes en EEUU y las técnicas desarrolladas en su legislación y en el convenio con los Países Bajos para la aplicación de los convenios con cláusulas de limitación de beneficios. Posteriormente, en un tercer epígrafe,

tributaria", *CT*, núm. 101, 2001, pp. 87 a 120. En este sentido hay que destacar que las modificaciones del Modelo OCDE y de sus Comentarios previstas para el año 2000 (OCDE, *Draft contents of the 2002 update to the Model Tax Convention*, cit., pp. 30 a 36) contemplan la introducción de una disposición (el nuevo art. 27) en materia de asistencia para la recaudación de tributos. Una disposición similar no existía en el Modelo hasta la fecha.

⁹⁸⁰ Cfr. COHEN, H.; POLLACK, L.; SCHERER, M., "Analysis...", cit., p. 55. Ese recelo de los EEUU tiene la siguiente explicación. La aplicación del convenio en el Estado de la fuente beneficia, además de al contribuyente, al Estado de residencia. La reducción de la tributación en la fuente supone también que sea menor el coste recaudatorio que sufre el Estado de residencia como consecuencia de aplicar los métodos para eliminar la doble imposición –especialmente si utiliza el método de imputación-. EEUU presume que si se deja en manos del Estado de residencia la aplicación de las cláusulas de limitación de beneficios, este Estado "tenderá" a realizar una interpretación flexible de las mismas, habida-cuenta que le favorece la aplicación del convenio en la fuente.

⁹⁸¹ Este procedimiento, como señalan COLE, R.; CROCKER, J., "Highlights of the new US withholding tax system for income paid to foreign investors in the United States", *RDADF*, núm. 3/4, 1998, pp. 274 y 275, ha funcionado en la práctica, especialmente en materia de dividendos.

analizaremos cómo inciden los convenios con cláusulas de limitación de beneficios en la tributación sobre los no residentes del ordenamiento español. Las conclusiones a las que se llegue en el epígrafe siguiente, serán útiles para corregir las posibles deficiencias u omisiones de la legislación española.

VI.B.- La gestión de la obligación real en EEUU y la aplicación de las cláusulas de limitación de beneficios en el convenio entre EEUU y los Países Bajos

La legislación estadounidense en materia de no residentes prevé dos sistemas de gestión de los tributos sobre los no residentes en función de la intensidad del vínculo que tengan con el territorio. La configuración y la gestión de la obligación real distingue entre los contribuyentes que obtienen rendimientos vinculados con una actividad empresarial en EEUU (*income effectively connected with the conduct of a trade of business in the United States*) y el resto de contribuyentes⁹⁸². El primer sistema se asimila a la tributación de los contribuyentes con establecimiento permanente. En este apartado sólo nos ocuparemos de la tributación de los sujetos que obtienen rendimientos en EEUU sin establecimiento permanente⁹⁸³.

Con carácter general, los rendimientos obtenidos por los no residentes sin establecimiento permanente están sujetos a un gravamen del treinta por ciento sobre su importe bruto⁹⁸⁴. Este gravamen se recauda a través de la técnica del *withholding tax* o “retención de carácter definitivo”, que, como hemos visto, consiste en que el pagador, depositario o gestor de los bienes o derechos del no residente (*withholding agent*) “aplica un tipo de gravamen específico como retención sobre las rentas brutas satisfechas u obtenidas, que coincide con la cuota tributaria debida por el contribuyente”⁹⁸⁵. Esta técnica libera al contribuyente de la obligación de presentar declaración⁹⁸⁶.

⁹⁸² Cfr. LESSER, P., “Access to Tax Treaty Benefits: Procedural Aspects. United States”, *TMIF*, núm. 3, 1996, p. 38.

⁹⁸³ Las normas objeto de estudio fueron aprobadas en 1997. No obstante, no han entrado en vigor hasta el 1 de enero de 2001. Sobre las mismas véase la publicación núm. 515 “Withholding of Tax on Nonresident Aliens and Foreign Corporations” de la Administración tributaria americana disponible en su página de internet (<http://www.irs.gov/>).

⁹⁸⁴ Cfr. MCDANIEL, P.; AULT, H., *Introduction...*, cit., p. 50.

⁹⁸⁵ CALDERÓN CARRERO, J.M., en *Comentarios a la LIRNR*, cit., pp. 226 y 227. Sobre el concepto de retenedor en la legislación americana en materia de no residentes, véase HEGGY, L., “Withholding

Cuando un convenio de doble imposición es aplicable, la legislación americana autoriza al *withholding agent* a practicar la retención de acuerdo con los límites del convenio. No obstante, el retenedor debe operar con la debida cautela a la hora de aplicar el convenio, porque en caso de que no retenga o lo haga por debajo del montante procedente, la Administración tributaria americana le reclamará el tributo correspondiente, además de imponerle las sanciones que procedan⁹⁸⁷.

Para favorecer que el retenedor aplique los límites de los convenios de doble imposición, la legislación americana ha articulado un sistema de exención de responsabilidad en los casos en que el perceptor de los rendimientos ponga a disposición del retenedor determinados documentos⁹⁸⁸. Cuando el perceptor entrega dichos documentos *con anterioridad* al pago de los rendimientos, el retenedor no sufrirá consecuencia alguna si posteriormente la Administración americana comprueba que el convenio no era aplicable, salvo que "conociera o tuviera alguna razón para conocer" (*actual knowledge or reason to know*) que el perceptor no tenía derecho a beneficiarse del convenio⁹⁸⁹. Esta regla solamente obliga a desarrollar una determinada diligencia a la hora de comprobar la validez de la documentación referida, además de considerar, en atención a la información obrante en su poder, que no existen datos suficientes para concluir que el perceptor no tiene derecho a la aplicación del convenio⁹⁹⁰.

Tax on Payments to Foreign Payees: A (Cargo) Pocket Guide to the New Regulations", *TMIJ*, núm. 10, 2000, p. 549.

⁹⁸⁶ Cfr. MCDANIEL, P.; AULT, H., *Introduction...*, cit., p. 81.

⁹⁸⁷ Cfr. O'DONNELL, T.; MARCOVICI, P.; MICHAELS, M., "The New...", cit., p. 4.

⁹⁸⁸ Cfr. DOERNBERG, R., *International...*, cit., p. 148.

⁹⁸⁹ Cfr. COLE, R.; CROCKER, J., "Highlights...", cit. p. 272 y HEGGY, L., "Withholding...", cit., p. 549.

⁹⁹⁰ Señala SHAY, S., "Re-examining...", cit., p. 341 que las obligaciones y cargas que recaen sobre el retenedor deben variar según el perceptor de los rendimientos esté vinculado o no. Este criterio puede utilizarse para comprobar si se cumple la regla del *knowledge or reason to know*, habida cuenta que el retenedor que se encuentra vinculado con el perceptor está en condiciones, en la mayoría de ocasiones, de conocer si el convenio es aplicable. Hay que significar que en los casos en que el pagador y el perceptor están vinculados, el perceptor debe cumplimentar, además del modelo W-8BEN que veremos a continuación, el modelo 8883, cuando los rendimientos percibidos en EEUU superen la cifra de 500.000 dólares.

La primera cuestión que debe comprobar el retenedor es que el perceptor le ha entregado el modelo aprobado por la Administración americana para la aplicación de los beneficios del convenio por parte de sujetos no residentes. Ese modelo es el W-8BEN (*Certificate of Foreign Status of Beneficial Owner for United States Tax Withholding*)⁹⁹¹. Este modelo debe ser rellenado por el sujeto que percibe los rendimientos. En el modelo W-8BEN el perceptor asegura, bajo juramento, la veracidad de los datos que en el mismo se consignan⁹⁹². Como se deduce de la legislación y del propio modelo, el contribuyente puede llegar a ser condenado por el delito de perjurio si se constata la falsedad de lo declarado. Principalmente lo que declara el contribuyente son cuatro cosas: que es el beneficiario efectivo del rendimiento obtenido, que no es residente en los EEUU ni tampoco el rendimiento obtenido está vinculado a una actividad empresarial desarrollada en EEUU y que le son aplicables los beneficios del convenio alegado.

Nótese la peculiaridad del sistema empleado por los EEUU es que no se basa en ningún documento expedido por la Administración del Estado del que se dice ser residente al efecto de la aplicación de los convenios. Como vimos en el epígrafe anterior, normalmente se acredita la aplicación del convenio mediante un certificado de residencia. Conforme al sistema americano, basta una declaración unilateral del perceptor, bajo el apercibimiento del delito de perjurio, de que el convenio es aplicable⁹⁹³.

⁹⁹¹ Este modelo y las instrucciones para cumplimentarlo pueden encontrarse en la página de internet del Departamento del Tesoro y el *Internal Revenue Service* (<http://www.irs.treas.gov/>).

⁹⁹² El modelo establece "*Under the penalties of perjury, I declare that I have examined the information of this form and to the best of my knowledge and belief it is true, correct, and complete*".

⁹⁹³ Este sistema está parcialmente corregido por la exigencia de consignar un "número de identificación fiscal" (*Tax Identification Number*, TIN) que asigna la Administración americana. Respecto a las personas físicas, se solicita a través del modelo W-7 (*Individual Taxpayer Identification Number*, ITIN). A dicha solicitud deben acompañarse los documentos necesarios que acrediten la no residencia en EEUU. En ningún momento se establece la obligación de aportar un certificado de residencia expedido por el Estado en el que se reside. El modelo sólo se refiere a determinados documentos que pueden evidenciar la residencia en un tercer Estado (pasaporte, documento nacional de identidad, carné de conducir, un certificado de notas, etc.). Al igual que en el modelo W-8BEN, lo declarado en la solicitud se hace bajo juramento. Respecto a las personas jurídicas, el número de identificación fiscal se solicita a través del modelo SS-4 (*Employer Identification Number*, EIN). En ningún momento se solicita que se acompañe documentación alguna que acredite la no residencia. Solamente se requiere que se indique el Estado de constitución de la sociedad. Al igual que en el modelo W-8BEN, lo declarado en la solicitud se hace bajo juramento. El único supuesto en que se exige la aportación de un certificado de residencia, es en los casos en los que no existe obligación de consignar el TIN. Ello sucede respecto a determinados rendimientos procedentes de valores que se negocian en mercados de

El perceptor deberá entregar el modelo *con anterioridad* al momento en el que el *withholding agent* procede al pago de los rendimientos. De lo contrario, el pagador practicará una retención del treinta por ciento. Cuando ello suceda, el no residente deberá solicitar a la Administración la devolución de la diferencia. No es necesario, en tanto en cuanto no haya expirado su validez, entregar un modelo al pagador cada vez que éste abona los rendimientos; no obstante, sí es necesario entregar un modelo por cada clase de rendimiento. El retenedor aplicará los límites del convenio si el modelo W-8BEN se ha completado correctamente y el mismo no ha caducado. Con carácter general, su validez se extiende al ejercicio en que se firma y a los tres siguientes⁹⁹⁴.

Cumpliendo los requisitos expuestos, el retenedor podrá practicar la retención según el convenio que proceda, exonerándose de cualquier responsabilidad ulterior por el impuesto del no residente, salvo que tuviera *knowledge or reason to know* de que el perceptor no tenía derecho a la aplicación del convenio.

En principio, este sistema se aplica también cuando el convenio contiene cláusulas de limitación de beneficios como las que han sido objeto de estudio. Otro de los particulares que declara el contribuyente en el modelo W-8BEN, también bajo juramento, es que cumple alguna de las cláusulas de limitación de beneficios del

valores (*cfr.* publicación 515 del IRS "Withholding...", *cit.*, p. 8). No obstante, en estos casos, el certificado de residencia, en el caso de las personas físicas, puede sustituirse por un documento oficial expedido por el Estado que corresponda, que incluya una fotografía, nombre y apellidos y el domicilio (en el caso español valdría con el DNI). Respecto a las personas jurídicas, el certificado de residencia puede sustituirse por un documento oficial expedido por el Estado que corresponda que recoja el nombre de la sociedad y el lugar donde se encuentra su domicilio u oficina principal (en el caso español valdría con el CIF, ya que la tarjeta de identificación, según el art. 5 del Decreto 2423/1975, de 25 de septiembre, por el que se regula el código de identificación de las personas jurídicas y entidades en general, contiene esos datos). Por último hay que señalar que las normas propuestas para la expedición del ITIN y del EIN establecían la obligación de que las personas físicas aportaran un certificado de residencia y las personas jurídicas una copia autorizada de la escritura de constitución. Este requisito no se ha incluido en la normativa finalmente aprobada. *Cfr.* COLE, R.; CROCKER, J., "Highlights...", *cit.*, p. 270. Los modelos referidos pueden obtenerse en la página siguiente de internet (<http://www.irs.treas.gov/>).

⁹⁹⁴ Así, por ejemplo, si el contribuyente firma el modelo el día 30 de septiembre de 2001, tendrá validez hasta el 31 de diciembre de 2004. El perceptor tiene la obligación de comunicar al retenedor cualquier cambio de las circunstancias que modifiquen el modelo dentro de los 30 días siguientes, debiendo proceder a cumplimentar un nuevo modelo. Cuando existe la obligación de consignar el ITIN o el EIN, el modelo tendrá validez en tanto en cuanto no se hayan modificado las circunstancias.

convenio cuya aplicación se solicita⁹⁹⁵. Al igual que sucedía anteriormente, *solamente se declara unilateralmente su cumplimiento*, sin que sea preciso probar –con los medios de prueba que procedan–, al retenedor el cumplimiento efectivo de las cláusulas de limitación de beneficios.

Sin lugar a dudas, tal y como se ha configurado el sistema, su eficacia descansa sobre “la buena fe” del perceptor. No creemos que la posibilidad de que pueda recaer sobre el no residente una sanción penal amedrente a aquéllos que soliciten la aplicación del convenio sin cumplir los requisitos necesarios para ello⁹⁹⁶.

Además del procedimiento anterior, la legislación americana prevé un procedimiento especial. Es frecuente que los valores negociables se encuentren depositados, con carácter general, en determinadas entidades financieras. Estas entidades gestionan los valores de un gran número de inversores que no intervienen directamente en la obtención de los rendimientos que generan, sino que es la propia entidad que los gestiona la que se ocupa de su obtención. En estos casos la aplicación de los gravámenes por obligación real puede ser muy gravosa, ya que son muchos los inversores por cuenta de quien actúa y su Estado de residencia es probable que difiera.

Para facilitar la gestión de la obligación real de contribuir, la legislación americana prevé la figura del “intermediario cualificado” (*qualified intermediary*). Se trata de entidades financieras, residentes o no residentes, que gestionan valores de terceros y que han sido reconocidos como tales por la Administración americana⁹⁹⁷. Estas entidades se encargan de comunicar a los retenedores la información necesaria para que practiquen la retención correctamente. Entre otros aspectos, notifican al pagador qué convenios son aplicables y qué límites de imposición debe tener en cuenta

⁹⁹⁵ Cfr. BENNETT, M., “The new U.S.-Switzerland income tax Treaty: highlights of U.S. taxation of Swiss residents”, *RDADF*, núm. 3/4, 1998, p. 216.

⁹⁹⁶ Por el contrario, cuando la situación se produce en el sentido inverso, estos es, residentes en los EEUU que obtienen rendimientos en Estados con los que EEUU ha celebrado convenios, la legislación americana sí prevé la expedición de un certificado de residencia a través del modelo 6166. Sobre ello véase la publicación núm. 686 “Certification for Reduced Tax Rates in Tax Treaty Countries” de la Administración americana que se encuentra en su página de internet (<http://www.irs.gov/>).

⁹⁹⁷ Sobre ello véase O'DONNELL, T.; MARCOVICI, P.; MICHAELS, M., “The New...”, *cit.*, pp. 5 a 9 y LAGARES GÓMEZ-ABASCAL, J.J., “El nuevo régimen de retenciones para las inversiones financieras en los Estados Unidos”, *GF*, núm. 201, 2001, pp. 55 a 64.

para practicar la retención. Esta información, como parece lógico, la deberán recabar de sus clientes que son los titulares de los rendimientos que estas entidades gestionan. Lo más relevante es que los retenedores, basándose en la información que les certifica dichos intermediarios, se liberan de cualquier responsabilidad ulterior, salvo que pudieran haber conocido que no tenía derecho al convenio el sujeto implicado.

En cuanto a los convenios con cláusulas de limitación de beneficios, estos intermediarios deben recabar también la información necesaria para acreditar su cumplimiento. No obstante, al igual que sucedía con el modelo W-8BEN, parece ser suficiente con la entrega por parte del cliente de una declaración asegurando su cumplimiento. A pesar de ello, parece desprenderse de la normativa la obligación de realizar investigación más intensa sobre el cumplimiento de los convenios. No obstante, hay que tener en cuenta que esa obligación no recae sobre el retenedor, sino sobre el "intermediario cualificado", que es el encargado de suministrar al retenedor la información necesaria para la aplicación del tipo que proceda.

A pesar de la facilidad que en apariencia presenta la normativa americana para acceder a los beneficios de los convenios, incluso cuando contienen cláusulas de limitación de beneficios, el convenio entre EEUU y los Países Bajos ha desarrollado un procedimiento especial. Principalmente, este procedimiento se ha desarrollado por la preocupación de la Administración holandesa de que los residentes en los Países Bajos no obtengan la aplicación del convenio por parte de los retenedores americanos. En este sentido, late una cierta desconfianza hacia el sistema americano, porque no delimita perfectamente cuál es el alcance de la regla del *knowledge and reason to know*⁹⁹⁸.

La Administración holandesa ha desarrollado un procedimiento (modelo IB 93 USA) por el cual certifica el cumplimiento de las cláusulas de limitación de beneficios por parte de los contribuyentes residentes en los Países Bajos⁹⁹⁹. Los residentes en los

⁹⁹⁸ En este sentido, VAN HERKSEN, M., "Limitation...", *cit.*, p. 28. La publicación 515 "Withholding of Tax on Nonresident Aliens and Foreign Corporations", *cit.*, de la Administración americana, recoge algunas indicaciones.

⁹⁹⁹ Este modelo junto a las instrucciones para rellenarlo puede encontrarse, en su versión en inglés, en BENNETT, M.; MORRISON, P.; DANIELS, T.; DE HOSSON, F., *Commentary...*, *cit.*, anexo al

Países Bajos deberán solicitar a la Administración holandesa que certifique el cumplimiento de dichas cláusulas. Para ello, deberán señalar qué cláusula cumplen y aportar la documentación necesaria que pruebe su cumplimiento¹⁰⁰⁰. La Administración holandesa, en caso de resolver positivamente, emitirá una resolución por la que declara que el contribuyente cumple una determinada cláusula de limitación de beneficios.

El período temporal de validez de esta resolución no es muy amplio, ya que solamente se extiende al ejercicio en que se obtiene la misma. Además, se condiciona su validez a que no hayan variado las circunstancias concurrentes en el momento de presentar la solicitud. Al ser el período de validez muy corto, el contribuyente deberá solicitar cada ejercicio un nuevo certificado, a pesar de que no hayan variado las circunstancias¹⁰⁰¹.

La Administración expide por cuádruplicado esta certificación. Una copia es enviada a la Administración americana, quedando otra, como parece lógico, en poder de la Administración holandesa. Las copias restantes se entregan al contribuyente. La finalidad es que el contribuyente entregue una de ellas al retenedor, con el fin de acreditar que se cumplen las cláusulas de limitación de beneficios.

La Administración americana ha admitido la validez de estos certificados, al efecto de que el retenedor tenga en cuenta el convenio cuando practica la retención¹⁰⁰². El contribuyente residente en los Países Bajos deberá entregar el certificado IB 93 USA junto a los modelos exigidos por la legislación interna al retenedor¹⁰⁰³. Este

art. 26, pp. 3 a 44. BROWER, J., "Netherlands...", *cit.*, pp.1104 y 1005 recoge algunos datos respecto a las solicitudes resueltas entre los años 1994 y 1996 por la Administración holandesa.

¹⁰⁰⁰ Las instrucciones al modelo IB 93 USA contemplan una serie de indicaciones sobre la documentación que debe acompañarse a la solicitud. *Cfr.* BENNETT, M.; MORRISON, P.; DANIELS, T.; DE HOSSON, F., *Commentary...*, *cit.*, anexo al art. 26.

¹⁰⁰¹ *Cfr.* SPECTOR, P., "Limitations...", *cit.*, p. 161.

¹⁰⁰² La Administración americana expresa su posición en la resolución 94-85 publicada en núm. 1994-35 del Boletín de la propia Administración (*Internal Revenue Bulletin*).

¹⁰⁰³ En el momento de esta declaración aún estaban en vigor las normas de 1984 en materia de retenciones. El sistema anterior es similar al expuesto. El retenedor podría basarse en un certificado similar al modelo W-8BEN, el modelo 1001. El modelo 1001 solamente se requería para intereses y cánones. Respecto a los dividendos, bastaba con señalar que el domicilio se encuentra en el Estado con el que EEUU ha celebrado el convenio.

certificado exonera al retenedor de cualquier responsabilidad, salvo que, a pesar del mismo, conozca o tuviera la posibilidad de conocer que no se cumplen las cláusulas de limitación de beneficios. La Administración americana, sin embargo, se reserva el derecho a comprobar posteriormente si en efecto se cumplían las citadas cláusulas¹⁰⁰⁴. Sin perjuicio de ello, como hemos visto, este certificado permite obtener la aplicación del convenio por parte del retenedor.

El sistema articulado en el convenio entre EEUU y los Países Bajos constituye, en nuestra opinión, un buen método para garantizar que las cláusulas de limitación de beneficios efectivamente se cumplen y, además, para facilitar la aplicación de los convenios en el Estado de la fuente. No se han desarrollado en el resto de convenios objeto de estudio mecanismos similares. Esta situación produce una serie de interrogantes. En primer lugar, no se indica si el procedimiento establecido en el convenio entre EEUU y los Países Bajos excluye el procedimiento previsto en la legislación interna de EEUU. Como hemos comprobado, dicho sistema no requiere, en la práctica, comprobación alguna del cumplimiento efectivo de las cláusulas de limitación de beneficios con anterioridad a la práctica de la retención. Todo el modelo descansa sobre la buena fe del perceptor y la advertencia de las posibles consecuencias penales para cuando no actúa de tal modo. De no excluirlo, parece innecesario solicitar el certificado IB 93 USA a la Administración holandesa, porque el propio sistema americano permite obtener fácilmente los beneficios del convenio. Por otro lado, si lo excluye, lo que no se expresa en ningún momento, los residentes en los Estados con los que no se ha establecido un procedimiento similar, materialmente pueden acceder más fácilmente al convenio¹⁰⁰⁵.

En nuestra opinión, si se han incluido cláusulas de limitación de beneficios en el convenio, éstas deben aplicarse efectivamente. Ello requiere que se establezca algún tipo de comprobación cuando el Estado de la fuente, a través del retenedor, aplica los beneficios del convenio. Para no hacer recaer ese deber sobre el retenedor, especialmente porque difícilmente podrá ejecutarlo por sí mismo, un método adecuado

¹⁰⁰⁴ Cfr. PETERS, J.; HOLDEM, K.; SMITH, N., "Dividend mixer...", *cit.*, pp. 3 y 4.

¹⁰⁰⁵ BENNETT, M.; MORRISON, P.; DANIELS, T.; DE HOSSON, F., *Commentary...*, *cit.*, p. 131 señalan que este procedimiento es opcional.

es el desarrollado por la Administración holandesa en el convenio celebrado con EEUU.

VI.C.- La obligación real en el ordenamiento español

La reforma de la tributación de los no residentes por la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de los No residentes (LIRNR), ha alterado el sistema de liquidación del impuesto sobre la renta de los no residentes *sin* establecimiento permanente al hacer que la obligación de retención e ingreso a cuenta preceda a la declaración del impuesto¹⁰⁰⁶. Según establece el art 27.3 de la LIRNR, "no se exigirá a los contribuyentes por este impuesto la presentación de la declaración correspondiente a las rentas respecto de las que se hubiese practicado la retención o efectuado el ingreso a cuenta, a que se refiere el artículo 30 de esta Ley". Por lo tanto, cuando se practica retención el contribuyente no residente no tiene obligación de declarar¹⁰⁰⁷.

Igualmente, la normativa española ha generalizado la obligación de retener respecto a todos los rendimientos obtenidos por no residentes sin establecimiento permanente (arts. 13 y 14 del RIRNR). En materia de ganancias patrimoniales, no existe obligación de retener salvo en los casos establecidos por el art. 14.3.a del RIRNR¹⁰⁰⁸.

Como consecuencia de la generalización de la obligación de retener y la eliminación del deber de declarar cuando dicha retención se practica, la LIRNR ha modificado sustancialmente los mecanismos de control y efectividad del impuesto. Con anterioridad recaían fundamentalmente sobre el pagador de los rendimientos y el

¹⁰⁰⁶ Cfr. CUATRECASAS, *Comentarios al impuesto sobre la renta de las personas físicas y al impuesto sobre la renta de no residentes*, Aranzadi, Elcano, 2000, p. 2155.

¹⁰⁰⁷ La exoneración del deber de declarar alcanza también a los supuestos en los que el retenedor no practica retención por estar el rendimiento exento en virtud del art. 13 de la LIRNR o de un convenio para evitar la doble imposición (art. 6.3 RIRNR). En estos supuestos, el retenedor debe presentar una declaración negativa (art. 30.5 LIRNR).

¹⁰⁰⁸ Se trata básicamente de las rentas derivadas de transmisiones o reembolsos de acciones o participaciones en instituciones de inversión colectiva, los premios derivados de la participación en juegos, concursos y rifas, etc. y la excepción de retención en las transmisiones de bienes inmuebles. Cfr. CARMONA FERNÁNDEZ, N., "El nuevo Impuesto sobre la Renta de No Residentes", *TF*, núm. 100, 1999, p. 94.

depositario de los bienes o rendimientos, a través del mecanismo de la responsabilidad solidaria y sobre el retenedor, cuando la obligación de retención existía. Tras la nueva normativa, aunque subsisten ambas figuras (responsabilidad y obligación de retener), la efectividad del impuesto descansa fundamentalmente sobre el mecanismo de retención. La intervención del responsable solidario se circunscribe a los supuestos, escasos, en los que no existe obligación de retener (art. 8.1 LIRNR)¹⁰⁰⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, debemos analizar cómo inciden los convenios para evitar la doble imposición. El art. 30.2 de la LIRNR señala que los pagadores deberán retener “una cantidad equivalente a la que resulte de aplicar las disposiciones previstas en esta Ley para determinar la deuda tributaria correspondiente a los contribuyentes por este impuesto sin establecimiento permanente o *las establecidas en un convenio para evitar la doble imposición que resulte aplicable*”. Como se desprende de este artículo, el retenedor puede aplicar directamente los límites de imposición previstos en los convenios. De esta manera, nuestro ordenamiento evita que el contribuyente tenga que solicitar la devolución correspondiente a la Administración tributaria¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁹ Como señala CARMONA FERNÁNDEZ, N., “El nuevo...”, *cit.*, p. 94 la intervención del responsable solidario queda circunscrita al ámbito de las ganancias patrimoniales mobiliarias o de los rendimientos satisfechos por personas físicas a título personal –principalmente de naturaleza inmobiliaria-.

¹⁰¹⁰ La LIRNR de 1998 es la norma que ha aclarado finalmente esta cuestión. El derogado artículo 67 del RIS contemplaba también el sistema de la LIRNR, aunque sólo en el ámbito de aplicación del impuesto sobre sociedades. Con anterioridad existían dos sistemas. En primer lugar, el regulado en el Decreto 363/1971, de aplicación de convenios para evitar la doble imposición. Como se deriva del mismo, la regla general es la retención conforme al tipo de la ley interna, debiendo el contribuyente solicitar posteriormente la devolución que proceda en virtud de la aplicación del convenio. En segundo lugar, se encuentran los procedimientos previstos por los convenios que tienen órdenes de desarrollo (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza). Estos procedimientos solamente se establecen en cuanto a tres tipos de rendimientos (dividendos, intereses y cánones). Dichas ordenes prevén dos alternativas bien definidas. En primer lugar, se puede seguir el procedimiento general anteriormente expuesto de retención y posterior reembolso. En segundo lugar, el contribuyente no residente podía solicitar la aplicación directa del convenio, para lo cual debía pedir un certificado de residencia a la autoridad competente del Estado de residencia. Dicha autoridad emitía un certificado por cuadruplicado, destinando dos de ellos al propio no residente y a la propia Administración tributaria del no residente. Los dos restantes se envían a la Administración española y al pagador de los rendimientos. Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional en los convenios...*, *cit.*, pp. 69 a 72 y LUCAS DURÁN, M., *La tributación...*, *cit.*, pp. 325 a 335.

A pesar de que la legislación española autoriza la aplicación de los límites del convenio; no ha resuelto con claridad cómo debe acreditar el perceptor al retenedor la aplicación del convenio. Para ello, efectuaremos un breve repaso a la legislación en esta materia con el fin de aclarar estos aspectos¹⁰¹¹.

En primer lugar, la normativa permite al contribuyente presentar declaración, incluso cuando no tiene obligación de hacerlo¹⁰¹². El art. 6 del RIRNR establece que "los contribuyentes que, por ser residentes en países con los que España tenga suscrito convenio para evitar la doble imposición, se acojan al mismo, determinarán en su declaración la deuda tributaria aplicando directamente los límites de imposición o las exenciones previstos en el respectivo convenio. A tal efecto, *deberán adjuntar a la declaración un certificado de residencia expedido por la autoridad fiscal correspondiente, o el pertinente formulario previsto en las órdenes de desarrollo de los convenios*.

La doctrina ha criticado que el reglamento limite la acreditación de la aplicación del convenio a la entrega de un certificado de residencia o un formulario¹⁰¹³. En nuestra opinión, nada debería impedir que se utilice cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho. No obstante, en la práctica, el método más utilizado es justamente el previsto por la normativa española.

¹⁰¹¹ No tendremos en cuenta el supuesto regulado por la disposición adicional primera de la Orden de 9 de diciembre de 1999 (BOE 16 de diciembre de 1999). El art. 13.1.e de la LIRNR señala que estarán exentos los rendimientos de las cuentas de no residentes -salvo que el pago se realice a un establecimiento permanente situado en territorio español-, por el Banco de España, o por las entidades registradas a que se refiere la normativa de transacciones económicas con el exterior. Según establece esta Orden, la acreditación de los requisitos de la exención se realizará a través de una declaración del contribuyente en la que manifieste que es residente a efectos fiscales en un tercer Estado y que no dispone de un establecimiento permanente en España. Esta declaración debe realizarse en el modelo incorporado en el anexo VI de la Orden. Aunque este supuesto no se refiere a la aplicación de los convenios de doble imposición, nótese que la técnica utilizada en este supuesto se asimila a la del sistema americano.

¹⁰¹² Puede tener sentido su presentación cuando la Ley permite la deducción de determinados gastos. Al practicarse la retención, incluso cuando un convenio es aplicable, sobre el importe bruto de los rendimientos, es probable que la cuota líquida del contribuyente sea inferior al montante retenido. Otra situación puede ser cuando el retenedor no aplica el convenio.

¹⁰¹³ Véanse las críticas de GARCÍA PRATS, F.A., en ORÓN MORATAL, G. (coord.), *Los nuevos impuestos sobre la renta de las personas físicas y sobre la renta de no residentes*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 874 a 876 y *Comentarios a la LIRNR*, cit., p. 388.

En segundo lugar, hay que detenerse en el supuesto previsto en el art. 30.4 de la Ley del IRNR. Según este precepto no existe obligación de retener cuando la renta esté exenta en virtud de un convenio para evitar la doble imposición. En este supuesto, a diferencia que en el anterior, no es el contribuyente el que solicita la aplicación del convenio al presentar su declaración por el IRNR, sino es el retenedor el que no practica retención porque el rendimiento del que se trate está exento según el convenio.

Pues bien, el reglamento del IRNR (art. 14.2.b) señala que la procedencia de exención se acreditará "mediante los documentos justificativos del cumplimiento de las circunstancias que determinen la procedencia de su aplicación". La norma no aclara qué documentos justifican el cumplimiento cuando la exención deriva de la aplicación del convenio. Suponemos, como parece lógico, que se articulará mediante la entrega de un certificado de residencia por parte del perceptor al pagador. No obstante, al no decir nada el reglamento, parece que podrá utilizarse cualquier otro medio que haga prueba¹⁰¹⁴.

Sin perjuicio de la indefinición de la normativa española en esta materia, hay que tener en cuenta que el retenedor debe actuar con suma cautela a la hora de decidir no retener, porque el mismo artículo del reglamento establece que si la Administración, con posterioridad, determina que la exención no era procedente, "serán exigibles a aquél las responsabilidades que le correspondan como retenedor por la retención o el ingreso a cuenta no practicados".

Como ha señalado la doctrina, este sistema fuerza al retenedor a realizar una interpretación lo menos lesiva posible para sus intereses¹⁰¹⁵. En la práctica, ello puede producir que los pagadores retengan según los tipos de la legislación interna, sin reconocer la exención del convenio. Con ello se evita que la Administración

¹⁰¹⁴ En este sentido, GARCÍA PRATS, F.A., en *Comentarios a la LIRNR*, cit., p. 389. No obstante, el art. 13 de la Orden de 9 de diciembre de 1999 (BOE de 16 de diciembre de 1999) señala que se justificará la aplicación del convenio "con un certificado de residencia fiscal expedido por la autoridad fiscal correspondiente, en el que deberá constar expresamente que el contribuyente es residente en el sentido definido en el Convenio".

¹⁰¹⁵ Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., en *Comentarios a la LIRNR*, cit., p. 387.

posteriormente exija el impuesto si considera que no procedía la aplicación de la exención del convenio. Nótese que ni siquiera la normativa exonera al retenedor de responsabilidad cuando el perceptor le entrega un certificado válido de residencia expedido por su Administración tributaria. Como sucede en la legislación americana, *el legislador español debería haber articulado algún medio para exonerar de responsabilidad al retenedor cuando se basa en determinados documentos aportados por el perceptor*. Una vía, respecto al caso español, sería exonerar de responsabilidad al retenedor si no practica la retención cuando el perceptor le ha acreditado la aplicación del convenio a través de un certificado de residencia válido.

Finalmente, el tercer supuesto se refiere a los casos en los que del convenio se deriva una menor tributación. Como ya se ha señalado, el retenedor deberá aplicar una retención equivalente a la que resulte de aplicar las disposiciones previstas en la LIRNR para determinar la deuda tributaria, teniendo en cuenta los límites de los convenios de doble imposición. La aplicación directa, por lo tanto, es posible no sólo cuando el convenio provoca la exención del rendimiento, sino también cuando minora la cuantía a ingresar por el sujeto¹⁰¹⁶.

Se advierten dos diferencias en este supuesto respecto al anterior. En primer lugar, la normativa formalmente no establece la obligación de probar el hecho de que el convenio es aplicable¹⁰¹⁷. En segundo lugar, el reglamento no extiende al retenedor, como sucedía en el supuesto anterior, la responsabilidad prevista en el art. 14.2 *in fine* cuando no se entienda acreditada suficientemente la procedencia de la aplicación de un convenio de doble imposición.

La situación, interpretando literalmente la norma, es ciertamente paradójica. Cuando el convenio establece una exención, el retenedor debe acreditar su procedencia y, además, puede sufrir las responsabilidades que correspondan cuando la

¹⁰¹⁶ Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., *Comentarios a la LIRNR*, cit., pp. 392 y 393.

¹⁰¹⁷ No obstante, al igual que en el supuesto anterior, el art. 13 de la Orden de 9 de diciembre de 1999 señala que en los casos en que se practique la retención teniendo en cuenta los límites de imposición previstos en el convenio, su aplicación se justificará "con un certificado de residencia fiscal expedido por la autoridad fiscal correspondiente, en el que deberá constar expresamente que el contribuyente es residente en el sentido definido en el Convenio".

Administración considere que no es aplicable. Por el contrario, cuando lo único que procede es una reducción de la retención, no existe obligación de acreditarla y, en el caso de que finalmente no procediera la reducción, el retenedor no sufrirá consecuencia alguna.

A pesar de que expresamente el reglamento no contempla nada al respecto, consideramos que una interpretación en ese sentido no es posible. No parece razonable que el retenedor no tenga responsabilidad alguna cuando ha aplicado el convenio sin haber requerido prueba alguna al no residente. Así, cuando la incidencia del convenio sólo se materialice en una reducción de la retención, el retenedor también responderá¹⁰¹⁸. El problema, a nuestro juicio, es el mismo en ambos casos. La normativa española no ha regulado cómo debe acreditar el perceptor la aplicación del convenio –salvo lo dispuesto en el art. 13 de la Orden de 9 de diciembre de 1999– y no ha establecido ningún supuesto de exención de responsabilidad, para que el retenedor evite las consecuencias que procedan cuando la Administración, *a posteriori*, compruebe que no procedía la exención o la reducción del impuesto. Ante esta situación, es probable que los obligados a retener no tengan en cuenta los límites de los convenios, para evitar cualquier tipo de responsabilidad. Este problema podría resolverse, como se ha dicho, si la normativa española permitiera al retenedor estar exento de responsabilidad cuando el perceptor acredita la aplicación del convenio mediante la entrega de un certificado de residencia válido expedido por el Estado donde reside¹⁰¹⁹.

Algunos de los problemas que plantea la legislación española pueden resolverse acudiendo a la Orden de 13 de abril de 2000 (BOE de 18 de abril de 2000). Esta Orden se ha dictado en virtud de la autorización prevista en el art. 14.4 del RIRPF. Como señala su preámbulo, el hecho de que con frecuencia los valores negociables se encuentran depositados en determinadas entidades financieras origina problemas prácticos en la aplicación de la obligación de retener sobre no residentes sin establecimiento permanente, en la medida que el retenedor / emisor de los valores, en

¹⁰¹⁸ En este sentido, CUATRECASAS, *Comentarios...*, cit., p. 2168.

¹⁰¹⁹ En términos similares, aunque no expresamente, se pronuncia CUATRECASAS, *Comentarios...*, cit., p. 2168.

el momento del vencimiento de los intereses o de la distribución del dividendo correspondiente, abona los rendimientos a las entidades depositarias en función del número de títulos que en cada una de ellas se encuentren depositados, para que éstas, a su vez, los abonen a los titulares de los valores, sin conocer el emisor la condición de los perceptores finales, ni su Estado de residencia¹⁰²⁰.

Para permitir que el retenedor, cuando se trata de dividendos e intereses, practique la retención que proceda a cada perceptor según su Estado de residencia, la Orden ha establecido un procedimiento en virtud del cual la entidad financiera depositaria de los valores comunica al retenedor los datos necesarios para que la retención se practique teniendo en cuenta, si procede, los límites de los convenios de doble imposición¹⁰²¹.

El procedimiento funciona de la siguiente manera. La entidad pagadora, en un primer momento, abona los rendimientos a la entidad financiera, practicando la retención al tipo general de retención previsto en la LIRPF y la LIS en el momento del pago¹⁰²². Posteriormente, la entidad financiera comunica a la entidad pagadora una serie de datos para que regularice las retenciones practicadas conforme a la situación de cada perceptor¹⁰²³. Finalmente, la entidad pagadora, de acuerdo con la información entregada, transfiere las cantidades que procedan tras la regularización¹⁰²⁴.

¹⁰²⁰ Este procedimiento se asimila al *qualified resident* del sistema americano.

¹⁰²¹ Esta Orden comprende los dividendos e intereses. Sin embargo, se encuentra fuera de su ámbito de aplicación la exoneración de retención o ingreso a cuenta en relación con las rentas derivadas de los valores de Deuda Pública, que según la normativa estén exceptuados de retención. Tampoco están incluidos los rendimientos afectados por el art. 57.q del RIS (intereses derivados de activos financieros representados mediante anotaciones en cuenta y que se negocien en un mercado secundario oficial de valores español). La exclusión de retención de estos rendimientos está regulada en la Orden de 22 de diciembre de 1999 (BOE 29 de diciembre de 1999).

¹⁰²² Téngase en cuenta que entre los clientes de la entidad financiera también puede haber residentes, por lo que también habrá que conocer su status para determinar la retención conforme a las normas de la Ley del IRPF o la LIS, según se trate de una persona física o jurídica.

¹⁰²³ Se trata de los siguientes: El código ISIN de los valores, el tipo de renta (intereses o dividendos), la fecha de vencimiento, número de identificación fiscal del titular de los valores, tipo de persona (física o jurídica), código del Estado de residencia fiscal (Orden 9-12-1999), apellidos y nombre o razón social, domicilio, número de valores de los que es titular en la fecha del vencimiento o la distribución, rendimiento bruto total de cada titular, porcentaje retenido en exceso a cada titular e importe retenido en exceso a cada titular.

¹⁰²⁴ Omitimos los plazos que establece esta Orden para efectuar todas estas operaciones. Es suficiente con indicar que su finalidad es que todo se materialice con anterioridad a la finalización del plazo que tiene el retenedor para ingresar las retenciones en la Administración tributaria.

Respecto a los no residentes, la Orden sí establece cómo se debe acreditar el derecho a la aplicación del convenio. En este sentido, los titulares de los valores deben justificar su residencia fiscal *ante la entidad depositaria* mediante un certificado de residencia fiscal expedido por la autoridad fiscal correspondiente, en el que deberá constar expresamente que el contribuyente es residente en el sentido definido por el convenio. La normativa española solamente reconoce a dichos certificados un plazo de validez de un año a partir de su expedición.

Es reseñable que esta norma prevea cómo debe acreditarse la aplicación del convenio en los supuestos de retención, aunque expresamente no contempla ningún supuesto de exoneración de responsabilidad. En cualquier caso, *entendemos que la Administración nunca podría dirigirse al retenedor*, cuando se compruebe que realmente no procedía la aplicación del convenio, *porque éste se limita a tener en cuenta la información que le comunica la entidad financiera depositaria de los valores*. Nótese que la Orden obliga a los titulares del rendimiento a tener acreditada su residencia fiscal *ante la entidad financiera y no ante el retenedor*. En estos casos, cuando se compruebe que no procedía la aplicación del convenio, la Administración sólo debería exigir responsabilidades a dicha entidad. Sin embargo, es difícil atribuirles responsabilidad alguna, porque técnicamente no son retenedores ni tampoco responsables solidarios en los términos del art. 8 de la LIRNR. En efecto, no puede configurarse a la entidad financiera como retenedor, porque no es la que paga los rendimientos. Asimismo, resulta difícil calificar a dicha entidad como responsable solidario, por su condición de depositario o gestor de los bienes que producen los rendimientos, habida cuenta que el art. 8 de la LIRNR establece que *no existirá responsabilidad cuando resulte de aplicación la obligación de retener*. En principio, al existir dicha obligación, estaría excluida la responsabilidad regulada en el art. 8.1 de la Ley. A pesar de ello, consideramos que cuando se produzca una situación como la descrita, el supuesto de responsabilidad debería permanecer, aunque sólo con respecto a la entidad financiera depositaria¹⁰²⁵.

¹⁰²⁵ En efecto, como ha señalado MARTÍN ABRIL, D., "Los elementos personales en el nuevo impuesto sobre la renta de no residentes: obligaciones formales", en SERRANO ANTÓN, P. (coord.), *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid, 2001, p. 47, en virtud del art. 8.1 de la LIRNR la única responsabilidad que debe entenderse que desaparece es la responsabilidad solidaria del pagador, que es

En atención a lo anteriormente expuesto, puede comprobarse cómo *la legislación española no contempla referencia alguna con respecto a los convenios con cláusulas de limitación de beneficios*. Los certificados de residencia a los que en algún momento se refiere la legislación, por lo general, solamente acreditan que se es residente en los términos del convenio. No contemplan, por el contrario, alusión alguna acerca del cumplimiento de las cláusulas de limitación de beneficios cuando están previstas en el convenio. Aunque el número de convenios celebrados por España que contiene este tipo de cláusulas es reducido (Bolivia, Cuba, EEUU, Irlanda, Israel, Luxemburgo, Portugal y Rusia), consideramos que *un mero certificado de residencia no es suficiente para sostener la aplicabilidad del convenio*. Otra cosa es que el ordenamiento español admita que sí lo es pero, con carácter general, no se ha previsto una disposición en ese sentido. Ni siquiera, como sucede en el sistema americano, se requiere una declaración del no residente asegurando el cumplimiento.

Si en la práctica los certificados de residencia se aceptan cuando se trata de la aplicación de dichos convenios, ello significaría que el Estado español ha renunciado – por lo menos cuando es el retenedor quien aplica el convenio- a aplicar las cláusulas de limitación de beneficios¹⁰²⁶. No obstante, al no establecerse este particular en ningún lugar de la normativa, no sería extraño que los retenedores se nieguen a la aplicación de los convenios con cláusulas de limitación de beneficios, si el no residente no ha probado suficientemente su cumplimiento.

el que según la LIRNR adquiere la condición de retenedor. Por el contrario, el depositario y el gestor subsisten como tales responsables solidarios.

¹⁰²⁶ Las únicas referencia que hemos encontrado en las que se exige el cumplimiento de estas cláusulas son las consultas de la DGT de 14 de junio de 2000 (en <http://www.minhac.es>) y de 29 de noviembre de 2000 (en *Normacef Fiscal*). En la primera, un contribuyente residente en EEUU pregunta sobre el régimen tributario de unos dividendos que obtiene en España. La consulta, además de indicar cuál es el régimen previsto para los dividendos en el convenio con EEUU, señala que “es necesario advertir de que sólo tendrán derecho a los beneficios del Convenio aquellos residentes que cumplan con los requisitos que establece el artículo 17 del propio Convenio, extremo éste que tampoco podemos garantizar en el caso consultado, por falta de información”. El art. 17 es el que regula las cláusulas de limitación de beneficios. La segunda consulta se refiere al convenio celebrado con Luxemburgo. La consulta señala que para que este convenio sea aplicable hay que acreditar no sólo el hecho de que se tiene la condición de residente, sino también que el sujeto afectado no tiene la condición de sociedad *holding* de la Ley de 1929.

Desde el punto de vista contrario, esto es, *cuando los residentes en España* reclaman la aplicación de los convenios de doble imposición con cláusulas de limitación de beneficios, el Estado español no ha desarrollado ningún procedimiento para facilitar la obtención de los beneficios del convenio en el Estado de la fuente. La Orden de 22 de diciembre de 1999 (BOE 29 de diciembre de 1999) prevé la expedición de un certificado que acredita la residencia en España en el sentido del convenio cuya aplicación se solicite¹⁰²⁷. Ahora bien, *estos certificados no establecen nada respecto al cumplimiento por parte de residentes en España de las cláusulas de limitación de beneficios*. Se echa de menos el desarrollo de un procedimiento similar al utilizado por la Administración tributaria holandesa, el modelo IB 93 USA, con el fin de que los residentes en España obtengan la aplicación del convenio celebrado con EEUU.

En tanto en cuanto no se produzca dicho desarrollo, una posible vía, a tal efecto, es el mecanismo de las consultas tributarias. El residente en España podría solicitar a la Dirección General de Tributos una consulta sobre el cumplimiento, en el caso concreto, de dichas cláusulas¹⁰²⁸. De entender la DGT que se cumplen, el residente español podría adjuntar la resolución favorable de la DGT al modelo W-8BEN. No obstante, al no haber aceptado los EEUU expresamente esta vía, a diferencia de lo que sucede con el modelo IB 93 USA, es probable que la Administración de dicho Estado considere que la resolución de la consulta planteada no exonera al retenedor de responsabilidad correspondiente ante un hipotético incumplimiento del convenio. Aún así, no debe descartarse esa vía, para complementar la declaración jurada sobre su cumplimiento que todo no residente que solicita la aplicación de un convenio con cláusulas de limitación de beneficios debe realizar según el ordenamiento americano.

¹⁰²⁷ La Administración española expide dos tipos de certificados de residencia en España aprobados por la Orden citada. El primero acredita simplemente la residencia en España a efectos de la legislación interna. El segundo *certifica la residencia en España a los efectos del convenio* que corresponda, lo que implica la sujeción en España por la renta mundial obtenida.

¹⁰²⁸ Según el art. 107.4.d) de la Ley General Tributaria, la contestación a las consultas escritas tienen carácter vinculante cuando se refieren a la interpretación y aplicación de los convenios para evitar la doble imposición internacional. No obstante, la vinculación se produce con respecto a la Administración española y no la de EEUU.

En cualquier caso, al residente español –a tenor de lo que establece la TE del convenio con España-, le bastará seguir el procedimiento previsto en la legislación interna estadounidense¹⁰²⁹. De acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, bastaba con una declaración jurada sobre el cumplimiento de las mismas. Por estos motivos, desde un punto de vista práctico, podría prescindirse de la propuesta realizada.

VI.D.- Conclusión

En la práctica, por lo menos atendiendo al sistema de la legislación estadounidense, *no se comprueba el cumplimiento de las cláusulas de limitación de beneficios cuando el convenio se aplica directamente por el retenedor*. Como hemos visto, el contribuyente sólo tiene la obligación de entregar determinada documentación al retenedor. Esa documentación no acredita el cumplimiento de las cláusulas de limitación de beneficios, porque solamente recoge una declaración del contribuyente en la que afirma que las mismas se cumplen. Ello puede llevarnos a reformular el sentido de estas cláusulas, ya que al no existir ningún género de comprobación cuando se práctica la retención, parece que sólo se han introducido con el fin de que la Administración americana pueda denegar su aplicación en un hipotético procedimiento de comprobación posterior¹⁰³⁰. En este sentido, materialmente, no se produce la

¹⁰²⁹ Señala la TE del convenio con España que “el art. 17 no tiene intención de imponer ninguna carga adicional sobre las personas obligadas a efectuar retenciones de los Estados contratantes, por lo que estos retenedores no están obligados a verificar la exactitud de la demanda de una persona sobre un derecho a los beneficios del Convenio. En la aplicación del artículo 17 se estará a las normas generales sobre la carga de la prueba. Para reclamar el derecho a los beneficios en los Estados Unidos, un residente de España deberá seguir los procedimientos normales en Estados Unidos, vigentes en ese momento, para solicitar la aplicación de esos tipos impositivos reducidos o exenciones de acuerdo con algún tratado fiscal de los Estados Unidos. El Internal Revenue Service, evidentemente, sigue teniendo el derecho de considerar, previa comprobación, en qué medida ha sido adecuada una determinada concesión de beneficios”. Tomamos la traducción de GONZÁLEZ POVEDA, V., “Instrucción del “Inland revenue service” para la aplicación del Convenio de doble imposición entre España y los Estados Unidos de América. (II)”, *TF*, núm., 18, 1992, p. 61.

¹⁰³⁰ Nótese que la carga de acreditar el cumplimiento de las cláusulas de limitación de beneficios, que son las que generan el derecho a que se aplique el convenio, recae sobre el contribuyente. Por lo tanto, cuando la Administración compruebe la situación tributaria del contribuyente, éste deberá acreditar el cumplimiento de alguna de estas cláusulas. Cuando no se produce este extremo, la Administración deniega los beneficios del convenio porque el contribuyente no ha acreditado los requisitos necesarios para que los mismos sean aplicables. Nótese que en estos casos la denegación de los beneficios del convenio no se realice sobre la base de la aplicación de la norma general contra el fraude a la ley que, como hemos visto, presupone que, en principio, se tiene derecho al convenio. En los convenios sin cláusulas de limitación de beneficios, cuando la Administración quiere denegar la aplicación del convenio aplicando la norma general en materia de fraude a la ley, es necesario que la Administración acredite que concurren los presupuestos para la aplicación de esa norma general. Por otro lado, si nos

inversión de la carga de la prueba que caracteriza a estas cláusulas. La Administración americana parece haber impulsado su introducción para facilitar la denegación del convenio en un procedimiento de comprobación posterior. Los beneficios del convenio se denegarán a quienes no cumplan las cláusulas. De esta manera, la Administración se libera de la difícil tarea de aplicar las normas o doctrinas generales en materia del fraude a la ley, porque la denegación del convenio se produce porque no se cumplen las cláusulas de limitación de beneficios.

No obstante, cuando la Administración americana compruebe que no se cumplían las cláusulas de limitación de beneficios, difícilmente podrá lograr la recaudación de las deudas tributarias no ingresadas en los casos en los que el no residente no tiene ningún bien en dicho territorio. Las posibilidades de dirigirse contra el retenedor están vedadas por su propia legislación si éste se basó en la documentación a la que nos hemos referido y no tenía *actual knowledge or reason to know* de que el convenio no era aplicable. En estos casos, solamente los mecanismos de asistencia internacional para la recaudación de deudas tributarias permitirán a los EEUU obtener el impuesto.

Teniendo en cuenta lo anterior, se entienden las palabras de LOENGARD al señalar que si las cláusulas de limitación de beneficios no han supuesto un obstáculo considerable a la aplicación de los beneficios de los convenios, es porque en la práctica no se están aplicando¹⁰³¹. Dada la configuración del sistema de gestión de la obligación real en el ordenamiento americano, la afirmación de ese autor no es desacertada. Sólo en los casos en los que se produzca una comprobación posterior por parte de la Administración americana se aplicarán efectivamente las cláusulas de

fijamos en la relación no residente / retenedor, el contribuyente solamente tiene la obligación de aportar una documentación determinada para que el retenedor aplique el convenio. En este caso, el contribuyente no tiene la obligación de acreditar el cumplimiento de las cláusulas de limitación de beneficios, sino simplemente tiene la obligación de declarar, en el modelo W-8BEN, que cumple esas cláusulas. Por lo que concierne a la relación entre la Administración tributaria y el retenedor, éste último, cuando ha aplicado el convenio, solamente tiene la obligación de acreditar ante la Administración que ha desarrollado una determinada diligencia, que consiste en haber aplicado el convenio con base en la documentación aportada por el contribuyente, y esta documentación es justamente la establecida por la legislación americana.

¹⁰³¹ Cfr. LOENGARD, R., "A (modest)...", *cit.*, p. 282.

limitación de beneficios. Obviamente, ello se producirá en el menor de los casos, habida cuenta de los medios limitados de toda Administración tributaria.

CUARTO CAPÍTULO:

LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE BENEFICIOS Y EL DERECHO COMUNITARIO

I.- La competencia de los Estados miembros para concluir convenios para evitar la doble imposición con Estados terceros

Desde la celebración del convenio entre EEUU y Alemania (1989) la doctrina ha puesto de manifiesto la posible incompatibilidad de las cláusulas de limitación de beneficios con el Derecho comunitario. El propio informe *Ruding* (1992) señaló que estas normas podían ser incompatibles con los principios y normas comunitarias y, especialmente, con el principio de no discriminación y sus manifestaciones particulares en las libertades fundamentales del Tratado (libertad de establecimiento, prestación de servicios y circulación de capitales)¹⁰³². Asimismo, un miembro del Parlamento Europeo preguntó por escrito a la Comisión si el artículo que recoge las cláusulas de limitación de beneficios en el convenio entre EEUU y Alemania era incompatible con el Tratado de la Comunidad Europea. Esta pregunta nunca fue contestada¹⁰³³.

¹⁰³² Cfr. *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation*, (Ruding Report), Office for Official Publications of the European Communities, Bruselas, 1992, pp. 30 y 31. También lo señala RÄDLER, A., en su trabajo, "Tax Treaties and the internal market", p. 379, que se incluye en el informe citado anteriormente.

¹⁰³³ Pregunta escrita 2046/90, formulada en julio de 1990 por señor Gijs De Vries. Cfr. WINANDY, J., "Limitations...", *cit.*, p. 26. No obstante, existe una pregunta escrita con respuesta de la Comisión que indirectamente se refiere a esta cuestión. Se trata de la respuesta a la pregunta escrita 2047/90 presentada el 5 de septiembre de 1990, por el mismo parlamentario. La respuesta se encuentra recogida en el DOCE núm. C-195, pp. 1 y 2. En EEUU existe un impuesto federal que deben pagar las personas y entidades residentes en EEUU que contratan un seguro con una sociedad residente fuera de EEUU (*the excise tax imposed on insurance premiums paid to foreign insurers*). El impuesto asciende al 4 por 100 de la prima en el caso de seguros de vida y al 1 por 100 cuando se trata de supuestos de reaseguro. No existe obligación de pagar el impuesto cuando la compañía de seguros está establecida en EEUU y haya sido reconocida por la autoridad competente de ese Estado, o en el caso de que exista un convenio con el Estado donde reside la compañía de seguros que declare exenta esta operación. En la fecha de presentación de la pregunta no todos los convenios celebrados entre EEUU y los Estados comunitarios contemplaban esa exención. En la actualidad la contemplan todos los convenios menos el celebrado con Grecia. La Comisión resuelve esta cuestión refiriéndose al convenio de 1989 celebrado entre Alemania y EEUU. Según este convenio, solamente se aplicará la exención cuando los riesgos de la sociedad de la compañía de seguros estén reasegurados con sociedades residentes en Alemania, en EEUU o en sociedades residentes en Estados con los que EEUU haya acordado una exención de esa naturaleza. Por lo tanto, esta exención no se aplicaría cuando los riesgos se hubieran reasegurado en una sociedad, o la sucursal de una sociedad, residente en un Estado que no haya acordado esa exención. Para la Comisión esta disposición del convenio constituiría una discriminación con respecto a las compañías de reaseguro establecidas en un Estado miembro de la Unión Europea que no haya acordado con EEUU esta exención (en la actualidad el único supuesto es Grecia). La Comisión señala que va a examinar esta cuestión con más detalle y, en su caso, adoptará las medidas pertinentes para garantizar el

En este capítulo analizaremos la compatibilidad de estas normas con el Derecho comunitario. También analizaremos las consecuencias derivadas de la posible incompatibilidad con el Derecho comunitario, desde el punto de vista de las actuaciones que deben realizar los Estados miembros y las Instituciones comunitarias para remediar el incumplimiento. También nos referiremos a las vías que tienen los sujetos afectados para remediar las consecuencias del incumplimiento.

Este análisis debe realizarse a la luz del contenido material de las cláusulas de limitación de beneficios y las exigencias derivadas del Derecho comunitario. No obstante, previamente hay que detenerse en una cuestión de tipo formal. Es preciso determinar si atendiendo al desarrollo actual del Derecho comunitario, la competencia para celebrar convenios de doble imposición entre los Estados miembros y de éstos con Estados terceros, corresponde a los propios Estados o a las Instituciones comunitarias. De corresponder a las Instituciones comunitarias, no sería necesario entrar en el contenido material de estas cláusulas.

Como ha señalado la doctrina, las Instituciones comunitarias sólo tienen competencias de atribución, por lo tanto sólo pueden ejercer las competencias que resulten atribuidas en los Tratados¹⁰³⁴. La atribución de una competencia a la Comunidad europea conlleva necesariamente la desposesión de los poderes de los Estados miembros en esos ámbitos. No obstante, la desposesión de la competencia sólo se produce cuando es ejercida efectivamente por la Comunidad. El ejercicio efectivo de la competencia comunitaria por las Instituciones es lo que produce la correlativa desposesión de la competencia estatal y no el mero acto jurídico de la atribución de competencias¹⁰³⁵.

cumplimiento del Derecho comunitario. Por lo que nos consta, la Comisión no ha llevado a cabo hasta la fecha ninguna actuación. Nótese que la condición que establece el convenio alemán se asimila al requisito de la cláusula de beneficios derivados.

¹⁰³⁴ Cfr. MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 305 y 306.

¹⁰³⁵ Cfr. MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones...*, cit., p. 312.

El Tratado de la Comunidad Europea no atribuye expresamente competencia alguna a las Instituciones comunitarias en materia de imposición directa. Solamente el art. 94 del TCE establece que "el Consejo adoptará por *unanimidad* [...] directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común"¹⁰³⁶. En base a esta disposición, se han aprobado exclusivamente dos directivas. Se trata de la directiva en materia de matrices y filiales y la directiva en materia de fusiones.

En los ámbitos regulados por estas directivas, la competencia sobre la materia se ha atribuido a la Comunidad. Habría que plantear si la atribución de dicha competencia tiene también efectos en plano externo. De la sentencia del TJCE de 31 de diciembre de 1970, *AETR*, C-22/70, y el Dictamen del TJCE 1/94, de 15 de noviembre de 1994, parece deducirse que los Estados miembros, ya actúen individual o colectivamente, pierden el derecho a contraer obligaciones frente a terceros Estados a medida que se instauran normas comunes que podrían resultar afectadas por dichas obligaciones¹⁰³⁷. Con respecto a la directiva en materia de matrices y filiales, la mayoría de la doctrina ha considerado que no supone la atribución de una competencia externa en exclusiva a las Instituciones comunitarias¹⁰³⁸. El único ámbito sobre el que

¹⁰³⁶ Como se puede comprobar, la aprobación de cualquier norma en virtud de esta disposición requiere unanimidad. Las disposiciones en materia fiscal están excluidas del procedimiento de adopción de decisiones referido en el art. 95 del TCE que sólo exige mayoría cualificada. Por otro lado, hay que señalar que las referencias a los artículos del TCE se realizarán, salvo que se indique lo contrario, a la nueva numeración establecida tras el Tratado de Ámsterdam. No obstante, a continuación se indica la correspondencia con la antigua numeración de los artículos que serán objeto de estudio en este capítulo: Art. 10 (antiguo art. 5), arts. 43 a 48 (antiguos arts. 52 a 58), arts. 94 y 95 (antiguos arts. 100 y 100A), arts. 293 y 294 (antiguos art. 220 y 221) y art. 304 (antiguo art. 234).

¹⁰³⁷ Cfr. MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones...*, cit., p. 317.

¹⁰³⁸ Cfr. HINNEKENS, L., "Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law. The Rules", *EC Tax Review*, núm. 4, 1994, p. 157, MALHERBE, J.; DELATTRE, O., "Compatibility of Limitation on Benefits Provisions with EC Law", *ET*, núm. 1, 1996, pp. 13 y 14 y AVERY JONES, J., "Flows of capital...", cit., p. 102. Para TERRA, B.; WATTEL, P., *European...*, cit., pp. 67 y 68, todo lo más que se habría producido es un supuesto de competencia compartida o conjunta, en la que los Estados miembros cuando ejercen esta competencia en el ámbito internacional no pueden contraer obligaciones al margen de las Instituciones comunitarias. Aún así, parecen descartar incluso lo anterior, porque consideran que en estos casos el ejercicio de la competencia externa no afecta a los fines de la directiva. En este sentido, al no incidir sobre esta materia, ni siquiera estaría justificada la existencia de una competencia concurrente. No obstante, HAMAEEKERS, H., "Corporate Tax Policy and Competence of the European Community: An EC Tax Convention with Non-Member States", *ET*, núm. 12, 1990, pp. 358 y 359 y JEFFERY, R., *The Impact...*, cit., p. 154, consideran que la competencia externa respecto a los aspectos cubiertos por la directiva corresponde a la Comunidad Europea. Aunque fuera así, en nuestra opinión, hay que tener en cuenta que esos aspectos se negocian

incidiría es en los convenios celebrados entre Estados miembros¹⁰³⁹. Respecto a los convenios celebrados con Estados terceros, los Estados miembros siguen teniendo la competencia para negociar en los convenios de doble imposición, o en cualquier otro instrumento internacional, la tributación que deben sufrir en el Estado de la fuente y en el Estado de residencia los dividendos procedentes de participaciones significativas. En cualquier caso, aunque pudiera sostenerse que la competencia externa se ha transferido a las Instituciones comunitarias, no hay que perder de vista que los Estados miembros sólo se verán desposeídos de la misma cuando éstas la ejerzan efectivamente, lo que, hasta la fecha, no ha sucedido.

En este orden de cosas, hay que señalar que la Comunidad, a través de la Comisión, ha expresado su intención de proyectar al ámbito externo su competencia en algunas materias que próximamente se armonizarán. Los Comentarios de la Comisión a la propuesta de directiva de 18 de julio de 2001 destinada a garantizar una imposición efectiva de los rendimientos del ahorro en forma de intereses dentro de la Comunidad, señalan que la "Presidencia y la Comisión entablarán cuanto antes conversaciones con los Estados Unidos y terceros países clave (Suiza, Liechtenstein, Mónaco, Andorra y San Marino) para promover la adopción de medidas equivalentes en estos países; al mismo tiempo, los Estados miembros interesados se comprometerán a promover la adopción de estas mismas medidas en todos los territorios dependientes o asociados correspondientes (las Islas del Canal de la Mancha, la Isla de Man y los territorios dependientes o asociados del Caribe)".

en un contexto más amplio, que es el de los convenios de doble imposición, por lo que el ejercicio de esta competencia debe hacerse conjuntamente. En este sentido ha señalado el TJCE en su sentencia de 2 de marzo de 1994, C-316/91, que en los casos de competencia mixta o compartida existe un deber de cooperación estrecha entre los Estados miembros y las Instituciones "tanto en el proceso de negociación y de celebración, como en la ejecución de las obligaciones contraídas. Esta obligación de cooperar deriva de la exigencia de unidad de representación internacional de la Comunidad. Corresponde a las instituciones comunitarias y a los Estados miembros adoptar todas las medidas necesarias para garantizar del mejor modo posible esta cooperación". Cfr. MANGAS MARTÍN, A.; LIÑAN NOGUERAS, D., *Instituciones...*, cit., p. 318.

¹⁰³⁹ Cfr. VAN UNNIK, D.; BOUDESTEIJN, M., "The New US-Dutch Tax Treaty and the Treaty of Rome", *EC Tax Review*, núm. 2, 1993, p. 107. No obstante, el hecho de que los convenios entre Estados miembros, anteriores o posteriores a la directiva, regulen un régimen distinto, desde el punto de vista material no tiene incidencia alguna, ya que la directiva, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, prevalece sobre el régimen del convenio, siempre que este último no sea más favorable.

Por otro lado, tampoco el art. 293 del TCE atribuye competencias a la Comunidad en esta materia. Este artículo señala que los Estados entablarán negociaciones entre sí para la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad. Como se ha señalado, este artículo pone de manifiesto que la competencia interna y externa en materia de imposición directa pertenece a los Estados miembros¹⁰⁴⁰.

No obstante, aunque la competencia interna y externa corresponde a los Estados miembros, ello no quiere decir que puedan ejercerla al margen del Derecho comunitario. Como ha señalado el TJCE en numerosas ocasiones, aunque “la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, no lo es menos que estos últimos deben ejercerla respetando el Derecho comunitario”¹⁰⁴¹. Esta obligación de ejercer estas competencias de conformidad con el Derecho comunitario no sólo deriva del principio de primacía del Derecho comunitario, sino también del principio de lealtad comunitaria previsto en el art. 10 del TCE¹⁰⁴². Según este artículo, “los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de la misión. *Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado*”. En consecuencia, los Estados deben respetar las obligaciones derivadas del

¹⁰⁴⁰ Cfr. AVERY JONES, J., “Flows of capital...”, *cit.*, pp. 95 a 97. En este sentido, la sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Saint-Gobain*, C-307/97, señala que “al no existir medidas de unificación o de armonización comunitaria, en particular al amparo del artículo 220, segundo guión, del Tratado CE (actualmente, artículo 293 CE, segundo guión), los Estados miembros son competentes para establecer los criterios de imposición de las rentas y del patrimonio con el fin de eliminar, en su caso mediante convenios, la doble imposición. En este contexto, los Estados miembros son libres, en el marco de los convenios bilaterales celebrados para evitar la doble imposición, para fijar los criterios de sujeción a efectos del reparto de la competencia fiscal”. En este sentido también se pronuncia la sentencia de 12 de mayo de 1998, *Gilly*, C-336/96, apartados 24 y 30.

¹⁰⁴¹ Apartado 58 de la sentencia *Saint-Gobain*. Véase también las siguientes sentencias del TJCE: sentencia de 11 de agosto de 1995, *Wielockx*, C-80/94, apartado 16; de 27 de junio de 1996, *Asscher*, C-107/94, apartado 36; de 29 de abril de 1999, *Royal Bank*, C-311/97, apartado 19, y de 13 de abril de 2000, *Baars*, C-251/98, apartado 17 y sentencia de 8 de marzo de 2001, *Metallgesellschaft*, asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98, apartado 37.

¹⁰⁴² Cfr. KEMMEREN, E., “EC Law: Specific observations”, en ESSERS, P.; DE BONT, G.; KEMMEREN, E. (Coords.), *The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax Treaties with EC Law*, *cit.*, p. 17.

Derecho comunitario cuando celebran convenios de doble imposición entre sí y cuando los celebran con Estados no comunitarios¹⁰⁴³.

No obstante, según el art. 307 del TCE, esta obligación debe matizarse cuando nos encontramos ante convenios de doble imposición celebrados con Estados terceros con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de la Comunidad -1 de enero de 1958- o con respecto a los Estados que se han adherido posteriormente, con anterioridad a la fecha de adhesión. Respecto a los convenios objeto de estudio en el capítulo tercero, la regla especial del art. 307 del TCE afecta a los convenios celebrados por Finlandia y Grecia con EEUU. En el caso de Grecia, el convenio se celebró en 1950 y la fecha de su adhesión se produjo en 1974. La adhesión de Finlandia se produjo en 1994 y el convenio con EEUU se celebró en 1989.

Según el art. 307 del TCE las disposiciones del Tratado "no afectarán a los derechos y obligaciones derivados de esos convenios". Este artículo establece una regla especial con el fin de preservar los derechos de Estados terceros y de las obligaciones contraídas por Estados comunitarios con respecto a éstos¹⁰⁴⁴.

La existencia de determinados acuerdos anteriores celebrados por los Estados miembros puede representar un obstáculo a los objetivos establecidos en los Tratados constitutivos y para la acción de las instituciones comunitarias. Para evitar lo anterior, el art. 307 del TCE no se limita a consagrar el principio de observancia de tales acuerdos, sino que establece en su párrafo segundo la obligación de los Estados miembros de recurrir "[...] a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado", advirtiéndole que "en caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común"¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴³ Como ha señalado CALVO SALINERO, R., "Convenios bilaterales y discriminación fiscal en la Unión Europea", *QF*, núm 16, 1998, p. 54, "ni el principio de competencia de los Estados miembros y consiguiente subsidiariedad comunitaria en el campo de la imposición directa, ni la previsión del propio art. 220 TCE, significan que estos convenios quedan fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario".

¹⁰⁴⁴ Cfr. KEMMEREN, E., "EC Law...", *cit.*, p. 18 y Díez-Hochleitner, J., *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 170.

¹⁰⁴⁵ Cfr. Díez-Hochleitner, J., *La posición...*, *cit.*, p. 186.

Esta disposición establece una obligación de comportamiento para los Estados miembros que ha de concretarse en el recurso a medios válidos en Derecho internacional para resolver los posibles conflictos. Al disponerse solamente una obligación de comportamiento y no una obligación de resultado, los Estados solamente incumplirán las obligaciones derivadas del Derecho comunitario si no adoptan iniciativa alguna para resolver la incompatibilidad¹⁰⁴⁶. Entre los medios apropiados que ofrece el Derecho internacional para resolver el conflicto cabe señalar la negociación con el Estado tercero con vistas a introducir enmiendas en el acuerdo que resuelvan la incompatibilidad o la denuncia por el Estado miembro del acuerdo¹⁰⁴⁷. Si se tratase esta materia de una competencia comunitaria, sería posible también la sustitución por un acuerdo celebrado con la Comunidad o la adhesión de ésta a ese acuerdo.

En conclusión, puede señalarse que la subordinación de los convenios celebrados por Estados miembros con terceros Estados es diferente dependiendo de que su celebración se haya producido con anterioridad a la fecha en que las obligaciones comunitarias eran aplicables. Esto tendrá efectos relevantes en el caso de que se concluya que las cláusulas de limitación de beneficios contenidas en los convenios objeto de estudio son incompatibles con el Derecho comunitario.

II.- La compatibilidad de las cláusulas de limitación de beneficios con el Derecho comunitario

La compatibilidad de las cláusulas de limitación de beneficios con el Derecho comunitario debe analizarse a la luz de los principios y reglas previstas en el Tratado de la Comunidad Europea. En particular, hay que dilucidar si estas disposiciones son contrarias al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad previsto en el art. 12 del TCE y sus manifestaciones específicas en las libertades comunitarias de establecimiento, circulación de capitales y prestación de servicios.

¹⁰⁴⁶ Cfr. DÍEZ-HOCHLEITNER, J., *La posición...*, cit., p. 189.

¹⁰⁴⁷ Cfr. DÍEZ-HOCHLEITNER, J., *La posición...*, cit., p. 190.

No obstante, en principio, solamente confrontaremos esas cláusulas con las manifestaciones específicas del principio comunitario de no discriminación. Como ha señalado el TJCE en su sentencia de 13 de abril de 2000, *Baars*, C-251/98, "respecto al artículo 6 del Tratado [art. 12], de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce que este artículo, que establece un principio general de prohibición de cualquier discriminación por razón de la nacionalidad, está destinado a aplicarse de manera independiente *sólo en situaciones regidas por el Derecho comunitario para las cuales el Tratado no prevea unas normas específicas contra la discriminación*"¹⁰⁴⁸.

El examen de estas cláusulas se realizará en dos apartados diferentes. En el primero, se analizarán las cláusulas contenidas en los convenios celebrados por los Estados comunitarios con EEUU. En el segundo, se abordarán las cláusulas contenidas en los convenios celebrados entre Estados comunitarios y, en particular, en los convenios celebrados por el Estado español con Portugal e Irlanda. Esta separación se justifica por el hecho de que las consecuencias de la posible incompatibilidad de estas cláusulas no son las mismas según no encontremos en el plano comunitario y extracomunitario.

II.A.- Los convenios celebrados por Estados comunitarios con terceros Estados: referencia a los convenios celebrados con EEUU

II.A.1.- Análisis individualizado de las cláusulas de limitación de beneficios

Este estudio puede efectuarse siguiendo dos métodos distintos. El primero consiste en analizar individualizadamente cada cláusula a la luz del Derecho comunitario. El segundo consiste en confrontar con el Derecho comunitario el sistema de acceso a los beneficios del convenio establecido en virtud de estas cláusulas. Ambos métodos, como se verán, no se contradicen entre sí. Nosotros empezaremos por el primero.

Con carácter previo, hay que recordar que los sujetos afectados por las cláusulas de limitación de beneficios son principalmente las personas jurídicas. Como

¹⁰⁴⁸ Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.; CALDERÓN CARRERO, J.M., *Imposición directa y no discriminación comunitaria*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 25 y 26.

hemos visto, las personas físicas que sean residentes en alguno de los Estados parte del convenio acceden directamente a la condición de residente cualificado y, por lo tanto, les son aplicables plenamente los beneficios de convenio. Por lo tanto, el estudio de la compatibilidad de estas cláusulas con el Derecho comunitario requiere comprobar, en primer lugar, qué entidades jurídicas son beneficiarias de las libertades comunitarias de establecimiento, prestación de servicios y circulación de capitales.

Empezando por *la cláusula de cotización en bolsa*, hay que tener en cuenta que esta cláusula exige, en principio, que la sociedad residente en un Estado contratante, tenga admitida a negociación sus participaciones en un mercado de valores reconocido por el propio convenio o por las autoridades competentes de los Estados que han celebrado el convenio. Con carácter general, solamente se reconocen los mercados situados en algunos de los Estados parte del convenio. Como consecuencia de ello, por ejemplo, una sociedad residente en España cuyas participaciones están admitidas a negociación en la Bolsa de Ámsterdam no cumpliría la cláusula de cotización en bolsa. Esta cláusula, por lo tanto, limita los mercados de valores en los que pueden cotizar las participaciones de una sociedad.

En este sentido, desde el punto de vista comunitario, una sociedad residente en un Estado comunitario, no puede cotizar en cualquiera de los mercados de valores que se encuentran en los Estados miembros de la Unión si quiere acceder al convenio a través de esta cláusula. Según esta cláusula, con carácter general, la cotización de las participaciones sólo puede producirse en los mercados de valores situados en el Estado en el que dicha sociedad es residente. No obstante, es cierto que algunos convenios amplían “los mercados de valores reconocidos” introduciendo, precisamente, aquellos mercados que están situados en otros Estados comunitarios (*cfr.* apartado II.E.2.C del capítulo segundo). En cualquier caso, esto no sucede en todos los convenios y, cuando ello sucede, no siempre los mercados que se mencionan son todos los que están situados en Estados comunitarios.

Este límite puede constituir un obstáculo a la libertad de circulación de capitales regulada en los arts. 56 a 60 del TCE. Entre las operaciones que se incluían

en la nomenclatura de los movimientos de capitales contemplados en el art. 1 de la directiva 88/361, se contemplan en el apartado III.B la emisión y colocación de valores en mercados de capitales¹⁰⁴⁹. Precisamente a ese fin responde la Directiva 2001/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de mayo de 2001, sobre la admisión de valores negociables a cotización oficial y la información que ha de publicarse sobre dichos valores, que pretende facilitar que cualquier sociedad residente en un Estado miembro pueda cotizar en los mercados secundarios situados en Estados miembros¹⁰⁵⁰. Al restringir los convenios examinados los mercados secundarios en los que pueden estar admitidas a cotización las participaciones, la cláusula de cotización en bolsa puede estar creando un obstáculo a la libertad de circulación de capitales, porque la admisión a cotización en un mercado distinto a los previstos en el convenio, impide el acceso a la condición de residente cualificado a través de esta cláusula¹⁰⁵¹. En este sentido, la cláusula de cotización en bolsa fuerza a la sociedad a cotizar en algunos de los mercados reconocidos -normalmente los situados en el Estado de residencia-, porque de lo contrario no podrá acceder a los beneficios del convenio.

En segundo término hay que analizar las consecuencias que tiene sobre las libertades comunitarias *la cláusula de propiedad y erosión en la base*.

¹⁰⁴⁹ Cfr. HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., *La regulación...*, cit., pp. 367 y 368.

¹⁰⁵⁰ Esta directiva, como se desprende de su primer considerando, codifica las directivas existentes en la materia (directiva 79/279/CEE del Consejo, de 5 de marzo de 1979, sobre coordinación de las condiciones de admisión de valores mobiliarios a cotización oficial en una bolsa de valores, directiva 80/390/CEE del Consejo, de 17 de marzo de 1980, sobre la coordinación de las condiciones de elaboración, control y difusión del prospecto que se publicará para la admisión de valores negociables a la cotización oficial en una bolsa de valores, la directiva 82/121/CEE del Consejo, de 15 de febrero de 1982, relativa a la información periódica que deben publicar las sociedades cuyas acciones sean admitidas a cotización oficial en una bolsa de valores y la directiva 88/627/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1988, sobre las informaciones que han de publicarse en el momento de la adquisición y de la cesión de una participación importante de una sociedad cotizada en bolsa) con el fin de otorgar mayor claridad y racionalidad a esta materia. Con ello, como establece su segundo considerando, se pretende facilitar la admisión a cotización oficial, en cada uno de los Estados miembros, de los valores negociables procedentes de otros Estados miembros, así como la cotización de un mismo título en varias bolsas de la Comunidad. *De esta forma se permitirá una mayor interpenetración de los mercados de valores de la Comunidad, suprimiendo para ello todos los obstáculos que puedan eliminarse sin riesgo y se inscribe, por tanto, en la óptica de la creación de un mercado europeo de capitales.*

¹⁰⁵¹ Cfr. STRAUCH, B., *Limitation...*, cit., pp. 111 y 112. KEMMEREN, E., "Netherlands", en ESSERS, P.; DE BONT, G.; KEMMEREN, E. (Coords.), *The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax Treaties with EC Law*, cit., p. 137, considera que el hecho de que se limite el número de mercados secundarios es incompatible con el Derecho comunitario. No obstante, entiende que la incompatibilidad se produce con la libre prestación de servicios.

Con relación exclusivamente a la primera parte de la cláusula, el requisito de la propiedad, puede observarse que restringe la aplicación del convenio a las entidades participadas mayoritariamente por personas que residan en el mismo Estado que la sociedad. En el momento en que la sociedad esté participada en más de un cincuenta por ciento por sujetos que no residen en ninguno de los Estados parte del convenio, no se cumplirá el requisito de propiedad y no podrá accederse por esta vía al convenio. Así, por ejemplo, una sociedad residente en España participada mayoritariamente por personas físicas residentes en Francia no cumplirá esta cláusula. Además, debe tenerse en cuenta que la cláusula exige que los partícipes tengan, a su vez, la condición de residentes cualificados. Como vimos, solamente tienen esa condición las personas físicas, los entes públicos, las entidades que cumplen la cláusula de cotización en bolsa y, según el convenio, también los propios sujetos que cumplen la cláusula de propiedad y erosión en la base.

Este requisito, como ha señalado de forma unánime la doctrina, puede constituir un obstáculo a la libertad de establecimiento regulada en los arts. 43 a 48 del TCE¹⁰⁵². La libertad de establecimiento, como se recoge en los apartados 41' y 42 de la sentencia del TJCE, 8 de marzo de 2001, *Metallgesellschaft*, asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98, se concreta en lo siguiente:

“41. El artículo 52 del Tratado constituye una de las disposiciones fundamentales del Derecho comunitario y es directamente aplicable en los Estados miembros desde el final del período transitorio. En virtud de esta disposición, la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro lleva consigo el acceso a las actividades por cuenta propia y a su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios

¹⁰⁵² Cfr., entre otros, BECKER, H.; THÖMMES, O., “Treaty Shopping and EC Law. Critical Notes to Act. 28 of the New German-U.S. Double Taxation Convention”, *ET*, núm. 6, 1991, pp. 173 y 174, EILERS, S.; WATKINS, M., “Article 28 of the German-U.S. Double Taxation Treaty of 1989: An Appropriate Solution to the Treaty Shopping Problem”, *TPI*, núm. 9, 1993, p. 19, VANISTENDAEL, F., “The Limits to the New Community Tax Order”, *CMLR*, núm. 2, 1994, p. 306, HINNEKENS, L., “Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law – Applications of the Rules”, *EC Tax Review*, núm. 4, 1995, pp. 228 y 229, DOYLE, H., “Is Article 26 of the Netherlands-United States Tax Treaty Compatible with EC Law?”, *ET*, núm. 1, 1995, p. 16, MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., “EC Law...”, *cit.*, pp. 81 y 82, KEMMEREN, E., “EC Law...”, *cit.*, p. 36, WINANDY, J., “Limitations...”, *cit.*, pp. 26 y 27 y MÖSSNER, J., “Germany”, en ESSERS, P.; DE BONT, G.; KEMMEREN, E. (Coords.), *The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax Treaties with EC Law*, *cit.*, p. 106.

nacionales. La supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento se extiende a las restricciones a la creación de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro [...]

42. La libertad de establecimiento definida de este modo comprende, conforme al artículo 58 del Tratado, para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal en el interior de la Comunidad, el derecho a ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate por medio de una filial, sucursal o agencia [...] Respecto a las sociedades, procede señalar en este contexto que su domicilio, en el sentido antes citado, sirve para determinar, a semejanza de la nacionalidad de las personas físicas, su sujeción al ordenamiento jurídico de un Estado”.

La cláusula de propiedad constituye un obstáculo a *la libertad de establecimiento secundario*. Como se deduce de la sentencia, la libertad de establecimiento secundario comprende la creación por una persona física o jurídica que explota un establecimiento principal en el territorio de un Estado miembro de una sucursal o filial de otro Estado miembro¹⁰⁵³. La cláusula de propiedad obstaculiza la constitución de filiales en otros Estados miembros, ya que al estar participadas esas sociedades por sujetos residentes en Estados terceros, no se podrá acceder a los beneficios del convenio¹⁰⁵⁴. Las sociedades creadas por personas físicas o jurídicas residentes en otro Estado miembro no podrán acceder a los beneficios del convenio donde establecen su residencia, habida cuenta que están participadas mayoritariamente por residentes en Estados terceros. Desde este punto de vista, *la cláusula de propiedad constituye una restricción a la libertad de establecimiento por el Estado de*

¹⁰⁵³ Cfr. ABELLÁN HONRUBIA, V.; VILÀ COSTA, B. (dir.), *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Ariel, Barcelona, 1998, p. 265.

¹⁰⁵⁴ No nos referimos al supuesto del establecimiento de una sucursal, ya que estos entes no tienen derecho a la aplicación de los convenios celebrados por el Estado donde están situados. Como es sabido, los establecimientos permanentes no son personas en el sentido del art. 1 del Modelo OCDE. No obstante, esta primera observación debe corregirse atendiendo a la jurisprudencia del TJCE vertida en la sentencia *Saint-Gobain*, cuando se trata de establecimientos permanentes pertenecientes a personas, físicas o jurídicas, beneficiarias de la libertad de establecimiento comunitaria. Respecto a los convenios celebrados por el Estado de situación del establecimiento con Estados no comunitarios, el establecimiento permanente tiene derecho a la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición. No obstante, más dudas plantea, cuestión que, además, no resuelve la sentencia *Saint-Gobain*, si tienen derecho a las medidas que el convenio prevé en el Estado de la fuente. Como parece lógico, y así parece sostenerlo la doctrina, no se beneficiarían de esas medidas porque el Estado de la fuente será un Estado no comunitario y, por lo tanto, no estaría obligado al cumplimiento de las exigencias del Derecho comunitario. No obstante, cuando el Estado de la fuente es un Estado comunitario la conclusión no puede formularse en el mismo sentido. Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., “Convenios de doble imposición, establecimientos permanentes y Derecho comunitario (Consideraciones en torno a los casos Royal Bank of Scotland y Saint Gobain)”, *NUE*, núm. 1991, 2000, pp. 41 a 47, MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.; CALDERÓN CARRERO, J.M., *Imposición directa...*, cit., p. 118 y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.; GARCÍA PRATS, F.A.; CALDERÓN CARRERO, J.M., “Triangular Cases, Tax Treaties and EC Law: The *Saint-Gobain* Decision of the ECJ”, *BIFD*, núm. 6, 2001, pp. 247 y 248.

acogida, esto es, por el Estado donde se establece la filial. La restricción se produce porque el convenio celebrado con EEUU por el Estado de acogida deniega sus beneficios a las entidades participadas mayoritariamente por residentes en Estados que no forman parte del mismo¹⁰⁵⁵. Los problemas con el Derecho comunitario se plantean cuando los partícipes son beneficiarios de la libertad de establecimiento prevista en el TCE¹⁰⁵⁶. La cláusula de propiedad establece un tratamiento diferente en función de la residencia de los partícipes¹⁰⁵⁷.

La sentencia de 25 de julio de 1991, *Factortame y otros*, C-221/89, señala expresamente que es contrario a la libertad de establecimiento el criterio utilizado por la cláusula de propiedad. Esta sentencia enjuicia uno de los requisitos exigidos por el Reino Unido para matricular buques. Para la matriculación los propietarios del buque debían ser nacionales de Reino Unido o, cuando el propietario era una sociedad, esa sociedad debía haberse constituido en Reino Unido y, por lo menos, el setenta y cinco por ciento del capital de esa sociedad debía pertenecer a nacionales de Reino Unido. El TJCE consideró que este requisito era contrario a la libertad de establecimiento.

¹⁰⁵⁵ Como señala VANISTENDAEL, F., "Reflexiones sobre los convenios de doble imposición entre la Unión Europea y países terceros", *RESE*, núm. 34, 2000, p. 53, "desde un punto de vista económico, no cabe duda de que la pérdida de protección convencional en las relaciones empresariales con terceros países es un serio obstáculo, el cual excluirá el uso de filiales en Estados Miembros que tengan cláusulas de limitación de beneficios en sus convenios con terceros países".

¹⁰⁵⁶ También puede constituir una restricción a la libertad de circulación de capitales. Nótese que la adquisición de participaciones por parte de residentes en sociedades residentes en otros Estados miembros puede significar que la sociedad pierda el derecho a la aplicación del convenio con EEUU. Ello implica que esa entidad, especialmente cuando obtiene rendimientos en EEUU, se encuentre en una posición peor que las sociedades que sí tienen derecho a la aplicación del convenio. Ello puede disuadir a los no residentes comunitarios de su decisión de invertir en el capital de una sociedad residente en otro Estado miembro, por el consabido efecto que puede tener sobre la aplicación del convenio. Esta misma idea, aunque referida a las restricciones efectuadas por el Estado de origen, se encuentra recogida en la sentencia del TJCE de 6 de junio de 2000, *Verkooijen*, C-35/98. Véase el comentario a la misma de LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., "Comentarios a la resolución del TJCE en el caso *Verkooijen*", *CT*, núm. 96, 2000, pp. 151 a 157. No obstante, vamos a restringir nuestro estudio a la incidencia de la cláusula de propiedad en la libertad de establecimiento, porque como certeramente han señalado MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.; CALDERÓN CARRERO, J.M., *Imposición directa...*, cit., p. 175, "no debe olvidarse que las disposiciones en materia de eliminación de la restricción de capitales tienen un carácter subordinado a las disposiciones en materia de libertad de establecimiento [...] de tal forma que la constatación de una violación de la libertad de establecimiento determinará que el TJCE ni siquiera examine la compatibilidad o no de las normas nacionales en cuestión con los artículos del TCE en materia de libre circulación de capitales". Cfr. el apartado núm. 30 de la sentencia del TJCE de 18 de noviembre de 1999, *X AB Y AB Y Riksskatteverket*, C-200/98.

¹⁰⁵⁷ En este sentido, también se estaría incumpliendo el art. 294 del TCE que establece "que los Estados miembros aplicarán a los demás Estados miembros el trato nacional en lo que respecta a su participación financiera en el capital de las sociedades definida en el artículo 48, sin perjuicio de las restantes disposiciones del Tratado". Cfr. DOYLE, H., "Is Article 26...", cit., pp. 16 y 17.

Como se puede comprobar, el requisito de la legislación de Reino Unido es similar al articulado por la cláusula de propiedad¹⁰⁵⁸.

Con respecto a la segunda parte de esta cláusula, el requisito de erosión en la base, también se puede concluir que incide negativamente sobre las libertades comunitarias. La cláusula de erosión en la base materialmente limita las operaciones que puede realizar el sujeto con personas residentes en terceros Estados que den lugar a un gasto deducible en su base imponible. Con carácter general, cuando las transacciones con residentes en terceros Estados produzcan gastos deducibles por un importe superior al cincuenta por ciento de los ingresos brutos de esa entidad, no se cumplirá este requisito.

Desde el punto de vista de la libertad de establecimiento, también podría concluirse que esta cláusula tiene un efecto restrictivo sobre dicha libertad. En efecto, esta norma puede disuadir el establecimiento en ese Estado por las consecuencias que puede tener sobre la aplicación del convenio con EEUU la realización de un volumen elevado de operaciones con residentes en Estados terceros que constituyan un gasto deducible en el Estado de residencia.

Desde la óptica de la libertad de prestación de servicios también puede llegarse a la misma conclusión. El TJCE ha considerado que constituyen una restricción prohibida a la libertad de prestación de servicios los supuestos en los que una norma

¹⁰⁵⁸ El requisito de la legislación de Reino Unido tenía por finalidad evitar un fenómeno similar al *treaty shopping*. La finalidad de este requisito era evitar que nacionales de otro Estados miembros, fundamentalmente nacionales españoles, matricularan buques bajo bandera británica con la finalidad de acceder a las cuotas pesqueras asignadas por la Comunidad a Reino Unido (*quota hopping*). No obstante, hay que tener en cuenta que el TJCE consideró que no era contrario al Derecho comunitario que se introduzcan requisitos con la finalidad de que el buque tenga un *vínculo económico real con el Estado en que está matriculado*, en la medida en que ese vínculo se refiera solamente a las relaciones entre las actividades pesqueras de ese buque y las poblaciones que viven de la pesca, así como las industrias conexas. En este sentido se pronunció el TJCE también en la sentencia de 14 de diciembre de 1989, *Jaderow*, C-216/87 y la sentencia de la misma fecha, *Agegate Ltd*, C-3/97. Como se puede comprobar, este criterio no se refiere a la propiedad del capital de la sociedad a la que pertenece el buque, sino a la actividad del mismo. En puridad, este criterio se refiere a la actividad de la sociedad y el Estado donde está constituida. Este particular es al que se refiere la cláusula de actividad, que se examinará posteriormente. Por otro lado, también hay que tener en cuenta la sentencia *Baars*, ya citada, que considera contraria al art. 48 TCE una norma estatal que solamente concede una exención en el impuesto sobre el patrimonio a las participaciones en sociedades residentes y no cuando se tiene esa participación en una sociedad no residente.

establece mayores dificultades para aplicar una deducción cuando el servicio se presta en un territorio de otro Estado miembro que cuando se desarrolla en territorio nacional¹⁰⁵⁹. En estos supuestos es claro que la norma tributaria produce un efecto disuasor sobre el que solicita el servicio, habida cuenta que intentará evitar acudir para obtener la prestación de ese servicio a sujetos residentes en otro Estados¹⁰⁶⁰. Cuando el servicio procede de un no residente, la norma tributaria agrava los requisitos para deducir el gasto producido por el mismo. En este sentido, como se ha señalado, la jurisprudencia del TJCE en esta materia se acerca a la regla contemplada en el art. 24.4 del Modelo de la OCDE¹⁰⁶¹.

Algo parecido sucede con la cláusula de erosión de la base. Obviamente en estos casos la cláusula no afecta a la deducibilidad del gasto en la base imponible. Sin embargo, la prestación del servicio por parte de un residente en un Estado tercero incidirá sobre la aplicación del convenio. En la medida que se incrementen sus transacciones con sujetos que no sean residentes cualificados, es probable que se supere el límite máximo a partir del cual se deja de cumplir esta cláusula. Esta consecuencia, al igual que sucedía en los supuestos analizados por el TJCE, hará menos atractivo el acudir para recibir la prestación del servicio a sujetos que no residan en el mismo Estado que el prestatario.

Los efectos de la cláusula de propiedad y erosión en la base solamente se corrigen parcialmente en los convenios que establecen una versión ampliada de esta cláusula (*cfr.* el cuadro recogido en el epígrafe III.C del capítulo segundo). Los

¹⁰⁵⁹ *Cfr.* la sentencia de 28 de octubre de 1999, *Vestergaard*, C-55/98. Como han señalado MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.; CALDERÓN CARRERO, J.M., *Imposición directa...*, *cit.*, p. 162, "la aportación más importante derivada de la jurisprudencia *Vestergaard* es la interpretación realizada del ámbito operativo de la libre prestación de servicios prohibiendo las restricciones basadas en el lugar de ejecución de la prestación".

¹⁰⁶⁰ Esta idea se encuentra, con relación a la libre prestación de servicios, en la sentencia de 28 de abril de 1998, *Safir*, asunto C-118/96.

¹⁰⁶¹ Como han señalado MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.; CALDERÓN CARRERO, J.M., *Imposición directa...*, *cit.*, p. 163, "esta cláusula establece que los gastos pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante serán deducibles, para determinar los beneficios sujetos a imposición de esa empresa, en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado mencionado en primer lugar". Como ha señalado VAN RAAD, K., *Non discrimination in International Tax Law*, Kluwer, Deventer, 1986, p. 173, el art. 24.4 del Modelo OCDE protege a los no residentes indirectamente, porque su contenido está referido a las entidades residentes y, en particular, en cuanto a la deducibilidad de los gastos generados por determinadas operaciones, precisamente, las realizadas con no residentes.

convenios que recogen una versión ampliada de esta cláusula, computan en los requisitos de propiedad y erosión en la base las participaciones pertenecientes a residentes en la Unión Europea y las transacciones con dichos residentes. No obstante, esta versión ampliada no resuelve todos los problemas que plantea esta cláusula.

En primer lugar, porque la inclusión de los residentes en la UE no abarca a todos los residentes en dichos Estados, sino solamente a los que cumplen el concepto del convenio. Como tuvimos ocasión de analizar, en la práctica solamente incluye a las personas que hubieran tenido la condición de residente cualificado de haber residido en el mismo Estado que la entidad participada. En segundo lugar, porque en algún caso, es preciso que parte de estos requisitos se cumplan por residentes cualificados en el Estado de residencia de la entidad. El convenio con Francia exige que al menos un treinta por ciento del capital y de los derechos de voto pertenezcan a residentes cualificados en Francia. También sucede lo mismo en el convenio con los Países Bajos¹⁰⁶².

En tercer lugar, porque esta versión ampliada de la cláusula no se refiere a todos los rendimientos cubiertos por el convenio. Con carácter general, en materia de dividendos, intereses y cánones es necesario cumplir, además, la cláusula de beneficios derivados. En virtud de esta cláusula, solamente se aplican las disposiciones del convenio afectadas si el convenio celebrado entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia del partícipe en la entidad que percibe el rendimiento no prevé un gravamen menos favorable. Cuando el régimen de tributación en la fuente del convenio aplicable al partícipe sea más gravoso, no se cumple esta cláusula y, por consiguiente, tampoco se aplica el convenio. De esta forma, cuando se introduce la cláusula de beneficios derivados, los problemas de la cláusula de propiedad y erosión en la base no se resuelven completamente, especialmente, cuando en virtud de su aplicación no se cumplen los requisitos para que se aplique el convenio. Por lo tanto, aunque esta cláusula resuelve algunos supuestos, no lo hace en todos los casos¹⁰⁶³.

¹⁰⁶² Cfr. KEMMEREN, E., "The Netherlands", *cit.*, p. 141 y nota 94.

¹⁰⁶³ Cfr. MÁLHERBE, J.; DELATTRE, O., "Compatibility...", *cit.*, p. 20 y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., "EC Law...", *cit.*, p. 86. Además no debe perderse de vista que la Comisión en la respuesta a la pregunta escrita a la que nos hemos referido al inicio de este capítulo, considera contrario al Derecho

La tercera cláusula que hay que confrontar con el Derecho comunitario es la *cláusula de actividad*. Esta cláusula consiste, como hemos visto, en realizar *una actividad empresarial en el Estado de residencia* que esté relacionada directa o accesoriamente con el rendimiento obtenido en el Estado de la fuente. Así, por ejemplo, una sociedad constituida en Reino Unido, cuya actividad empresarial se desarrolle íntegramente en Dinamarca, no cumpliría la cláusula de actividad del convenio entre EEUU y Reino Unido, toda vez que la actividad empresarial no se realiza en el Estado de residencia.

La cláusula de actividad nos obliga a detenernos en el alcance que tiene la libertad comunitaria de establecimiento respecto a las personas jurídicas. El primer aspecto se refiere al tipo de actividad. El segundo, al lugar dónde se localiza la actividad que realiza la entidad. *La cláusula de actividad requiere que la actividad sea empresarial y que se desarrolle en el Estado de residencia.*

Nos vamos a ocupar, en primer lugar, de la segunda cuestión, esto es, dónde debe localizarse la actividad de una entidad. El art. 48 del TCE establece lo siguiente:

“Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo”.

Como se puede comprobar, el art. 48 del TCE ha establecido un criterio flexible. Una sociedad estará protegida por la libertad de establecimiento del Derecho comunitario siempre que se haya constituido conforme al Derecho de un Estado miembro y tenga cualquiera de los siguientes elementos dentro de la Comunidad: la sede estatutaria, la administración central o el centro de actividad principal dentro de la Comunidad¹⁰⁶⁴.

comunitario un requisito similar establecido para la aplicación de una exención del impuesto estadounidense sobre seguros contratados con entidades no residentes.

¹⁰⁶⁴ Cfr. LÓPEZ GARRIDO, D., *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 51.

En una primera aproximación se pueden realizar dos observaciones. En primer lugar, en principio no es exigible que coincidan en un mismo Estado la constitución de la sociedad y cualquiera de los tres elementos señalados. Así, una sociedad constituida conforme al Derecho inglés, con su sede estatutaria (también sede o domicilio social) en Reino Unido, aunque no realice actividad alguna en la Comunidad, estaría amparada por el Derecho comunitario. En segundo lugar, del art. 48 del TCE no se deriva la obligación de que cualquiera de los tres criterios enumerados deba coincidir en el Estado de constitución de la sociedad¹⁰⁶⁵. Es posible que una sociedad se constituya conforme al Derecho holandés pero que su administración central se encuentre en Dinamarca.

Como se puede apreciar, solamente los dos últimos criterios, administración central y centro principal de actividades, revelan un vínculo de carácter fáctico con el territorio de la Comunidad¹⁰⁶⁶. La sede estatutaria, que también menciona el TCE, no revela por sí mismo un vínculo de ese cariz, porque se trata de un vínculo de carácter meramente formal. No obstante, de varios elementos, puede deducirse *la intención del Derecho comunitario de no otorgar amparo a aquellas sociedades que solamente tienen un vínculo formal con el territorio de la Comunidad*, como sucede con el criterio de la sede estatutaria.

En esta línea, el Programa General para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento de 1961 y el Programa General de 18 de diciembre de 1961, para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios, establecían que las sociedades constituidas en un Estado miembro cuyo único vínculo con la Comunidad consistía en tener su sede estatutaria, solamente se consideraría

¹⁰⁶⁵ Como señala GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La sentencia *Centros...*", *cit.*, pp. 82 y 83, el art. 48 del TCE no requiere que la administración central se localice en el mismo Estado conforme a cuyo Derecho se ha constituido la sociedad, bastaría con que se localice dentro de la Comunidad.

¹⁰⁶⁶ Sobre el significado de estos dos conceptos nos remitimos al apartado I.B.1.A del segundo capítulo. VAN THIEL, S., "Planificación fiscal y derecho de establecimiento en Europa", *Impuestos*, 1989-I, p. 978, ha señalado que el Tratado ha puesto en pie de igualdad los distintos puntos de conexión: el concepto formal de sede social (sede estatutaria), el concepto operativo de administración central y el concepto económico del lugar principal de negocios.

establecida dentro de la misma si "su actividad tiene una vinculación efectiva y continuada con la economía de un Estado miembro".¹⁰⁶⁷

No obstante, no hay que perder de vista que dichos Programas Generales, tras haber transcurrido el período transitorio, es muy discutible que sigan vigentes. Transcurrido el período transitorio, para el que se concibieron dichos Programas, los arts. 43 y ss. del TCE tienen efecto directo e incondicional, por lo que sobre los mismos no puede justificarse la exigencia del requisito adicional no previsto en el art. 48 del TCE¹⁰⁶⁸. En la misma línea que los Programas Generales, puede observarse el rechazo a las situaciones de vinculación meramente formales en las normas de Derecho comunitario derivado vigente relativas a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, "en lo que puede decirse encarna una marcada tendencia del Derecho comunitario, como es la tendencia o el principio materializador"¹⁰⁶⁹. El reglamento de 25 de julio de 1985 sobre Agrupaciones de Interés Económico establece que las entidades que se integren en una de estas Agrupaciones, deberán tener necesariamente su administración central en alguno de los Estados miembros. Nótese que, en cualquier caso, no se requiere que coincida el Estado de constitución con el Estado de situación de la administración central.

En términos más restrictivos se expresan las directivas 86/611/CEE, de 20 de diciembre 1985, sobre organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios y 95/26/CE, de 29 de junio de 1995, por la que se modifican las directivas relativas al régimen de establecimiento y servicios de entidades de crédito y compañías de seguro. Ambas normas requieren que la sede de administración y dirección se localice en el

¹⁰⁶⁷ Cfr. LÓPEZ GARRIDO, D., *Libertades...*, cit., p. 51 y SANCHO VILLA, D., "La Teoría...", cit., p. 208. Como ha señalado VAN THIEL, S., "Planificación fiscal...", cit., p. 978, el requisito establecido en el Programa se incluyó porque "el Consejo posiblemente consideró que este vínculo era demasiado abstracto y formal e insuficiente para gozar del derecho de establecimiento. Consecuentemente, añadió para aquellas sociedades el requisito de sostener un auténtico y permanente vínculo con la economía del Estado miembro. Aunque es muy discutible que el Consejo pueda añadir tal requisito contrario al Tratado, así como la fuerza legal del mismo, podríamos considerarlo válido como hipótesis".

¹⁰⁶⁸ Cfr. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La sentencia *Centros...*", cit., p. 94. El período transitorio finalizó el 1 de julio de 1968. Cfr. Díez-Hochleitner, J.; Martínez Capdevila, C., *Derecho Comunitario Europeo (Tratados y otros textos anotados)*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 38.

¹⁰⁶⁹ Cfr. SANCHO VILLA, D., "La Teoría...", cit., p. 208.

ordenamiento donde se encuentren la sede estatutaria, a efecto de la aplicación de las mismas, sin que sea suficiente una vinculación efectiva de otro tipo¹⁰⁷⁰. Esta tendencia parece confirmarse, parcialmente, en el reglamento 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE). El art. 7 del reglamento establece que el domicilio social de la SE debe estar situado en el Estado miembro donde esté su administración central¹⁰⁷¹. El reglamento prevé, además, una serie de medidas para garantizar que se produzca dicha coincidencia¹⁰⁷².

Esta misma tendencia puede observarse en una de las escasas normas que armonizan la imposición directa. La propuesta de directiva relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, al igual que la directiva en materia de matrices y filiales, se aplica a *las sociedades residentes en Estados comunitarios*. Sin embargo, la propuesta de directiva añade un requisito no previsto en la directiva de matrices y filiales. Según el art. 3 de la propuesta de directiva, se entenderá por sociedad "a cualquier sociedad constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro y que tenga su sede social, su centro administrativo o su lugar principal de operaciones comerciales en la Comunidad y *cuyas actividades mantengan un vínculo real y continuado con la economía de dicho Estado miembro*". La propuesta de directiva no requiere que coincidan en el Estado de constitución la sede estatutaria, la administración central o el establecimiento principal. Sin embargo, introduce un requisito de carácter fáctico, en el sentido de que dicha sociedad debe mantener un vínculo real y continuado con la economía del Estado en el que se ha constituido.

Del conjunto de disposiciones expuestas, puede deducirse la intención del legislador comunitario de introducir elementos de carácter fáctico para permitir el acceso de las sociedades a las libertades comunitarias. En algunos casos, basta con

¹⁰⁷⁰ Cfr. SANCHO VILLA, D., "La Teoría...", *cit.*, p. 208.

¹⁰⁷¹ No obstante, hay que advertir que el art. 69.a del reglamento prevé que en un plazo inferior a cinco años desde la entrada en vigor del mismo la Comisión presente un informe al Consejo y al Parlamento analizando, entre otras cuestiones, la conveniencia de permitir la separación entre administración central y domicilio social, de tal modo que ambos puedan localizarse en Estados diferentes.

¹⁰⁷² Sobre ello véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El reglamento...", *cit.*, pp. 15 y 16.

que esos vínculos se materialicen en alguno de los Estados miembros y, en otros, deben concurrir necesariamente en el Estado de constitución de la sociedad.

Algunos pronunciamientos del TJCE han recogido esa tendencia del Derecho comunitario derivado. En primer lugar, se encuentran las sentencias, ya citadas, *Jaderow*, *Agegate* y *Factortame* y otros. De estos pronunciamientos se deduce que los Estados pueden exigir requisitos para asegurar que una sociedad tenga un vínculo económico real con el Estado de constitución. Sin embargo, quizás no sean estos pronunciamientos los más idóneos para extraer la regla general de interpretación del art. 48 del TCE, porque se refieren a una materia muy específica, la utilización de las cuotas pesqueras asignadas a los Estados miembros¹⁰⁷³.

Las sentencias de 10 de julio de 1986, *Segers*, C-79/85 y 9 de marzo de 1999, *Centros*, C-212/97, recogen una interpretación general del contenido del art. 48 del TCE. Esos pronunciamientos no inciden sobre ningún aspecto regulado por normas comunitarias de Derecho derivado, como sucede en las sentencias citadas en el párrafo anterior. Ambas sentencias se refieren a sociedades constituidas conforme al Derecho de un Estado de la Comunidad que desarrollan toda su actividad en otro Estado miembro¹⁰⁷⁴. El TJCE en el apartado 16 de la sentencia *Segers* afirma que el art. 48 del TCE “exige únicamente que las sociedades, para la aplicación de las disposiciones relativas al derecho de establecimiento, hayan sido constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado miembro y tengan su sede social, su administración central o su principal agencia en el interior de la Comunidad. Siempre que se cumplan estos requisitos, es indiferente el hecho de que la sociedad ejerza todas sus actividades por medio de una agencia, sucursal o filial únicamente en otro Estado miembro”. En igual

¹⁰⁷³ Señala el apartado 40 de la sentencia *Factortame* y otros que “un Estado miembro podía imponer requisitos destinados a asegurar que el buque tenga un vínculo económico real con dicho Estado, en la medida en que ese vínculo se refiera solamente a las relaciones entre las actividades pesqueras de ese buque y las poblaciones que viven de la pesca, así como las industrias conexas”.

¹⁰⁷⁴ La sentencia *Segers* se refiere a una sociedad constituida en Reino Unido, con sede estatutaria en ese Estado, que desarrolla toda su actividad en los Países Bajos a través de una filial que pertenece íntegramente a la sociedad constituida en Reino Unido. La sentencia *Centros* se refiere a una sociedad constituida en Reino Unido, con sede estatutaria en ese Estado, que desarrolla toda su actividad en Dinamarca a través de una sucursal. En este asunto, Dinamarca deniega la inscripción de la sucursal de la sociedad domiciliada en Reino Unido, porque considera que se ha pretendido eludir las normas danesas relativas a la constitución y desembolso de una capital social mínimo mediante la constitución de la sociedad en Reino Unido y, posteriormente, la creación de una sucursal en Dinamarca.

sentido se dice en la sentencia *Centros* que “carece de importancia que la sociedad sólo haya sido constituida en el primer Estado miembro con el objeto de establecerse en el segundo, donde se ejercería lo fundamental, incluso la totalidad, de sus actividades económicas” (apartado 17).

De estos pronunciamientos pueden establecerse dos conclusiones. Las sociedades para estar amparadas por el Derecho comunitario deben mantener algún vínculo de carácter fáctico con alguno de los Estados miembros. Este requisito se desprende del mismo concepto de establecimiento¹⁰⁷⁵. Ahora bien, con carácter general, *no es exigible que ese vínculo deba concretarse necesariamente en el Estado de constitución de la sociedad*. Bastaría con que se materialice en cualquiera de los Estados miembros de la Comunidad.

Llegados a este punto, puede observarse que se extraen dos reglas diferentes en función de que nos refiramos a las normas comunitarias que armonizan determinadas materias y la interpretación que el TJCE realiza del art. 48 TCE. Así, las directivas que armonizan el régimen de las entidades financieras y aseguradoras requieren que se encuentre en el Estado de constitución la sede de administración y dirección. Por el contrario, la coincidencia del vínculo jurídico y fáctico, con independencia de cómo se concrete, en un mismo Estado no es exigible a tenor de la jurisprudencia del TJCE. A pesar de esta discordancia, no puede concluirse que esas directivas sean contrarias al art. 48 del TCE, ya que se trataría de un supuesto especial. Como ha señalado la doctrina, estas directivas “se han formulado para sociedades especiales por su participación en sectores muy intervenidos de la economía (entidades financieras y de seguros) en las que el control estatal de la actividad puede justificar” esta opción¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁵ En este sentido, señalan MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.; CALDERÓN CARRERO, J.M., *Imposición directa...*, cit., p. 91 “para disfrutar de la libertad de establecimiento, es preciso que una sociedad comunitaria tenga un cierto nivel de integración en la economía comunitaria, con lo que una sociedad sin actividad económica creada para beneficiarse de los derechos que otorga el TCE no podrá reclamar la protección que el TCE garantiza”. No sucede esto en el supuesto de la sentencia *Centros*, toda vez que *la sociedad implicada presenta todos sus vínculos con la Comunidad*, sin perjuicio de que los vínculos de carácter formal y material se materialicen en Estados distintos. Cfr. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La sentencia *Centros...*”, cit., p. 94.

¹⁰⁷⁶ Cfr. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La sentencia *Centros...*”, cit., p. 94. Nótese que esa nota de especialidad no concurre en el supuesto de las Agrupaciones europeas de Interés Económico. El reglamento que la regula no exige que el vínculo de carácter fáctico que utiliza, la administración central, concorra en el Estado de constitución.

No obstante, ello no quiere decir que pueda extraerse el modelo normativo general de la regla especial¹⁰⁷⁷.

A pesar de ello, con relación al requisito previsto en la propuesta de directiva en materia de intereses y cánones, se ha afirmado por algún autor que es contrario al art. 48 del TCE, precisamente a partir de su interpretación que del mismo ha realizado el TJCE en las sentencias *Segers* y *Centros*¹⁰⁷⁸. En efecto, la propuesta requiere que la sociedad “mantenga un vínculo real y continuado con la economía del Estado de constitución”. Este requisito, como se desprende de la sentencia *Centros*, no es exigible para recibir la protección de la libertad comunitaria de establecimiento. En este sentido, la propuesta de directiva podría constituir una restricción a dicha libertad, porque materialmente obliga a las sociedades que establezcan sus vínculos fácticos en el Estado de constitución. En principio, según el TJCE, basta que esos vínculos se concreten en cualquier Estado de la Comunidad y no necesariamente en el Estado de constitución. Por otro lado, la propuesta de directiva no está regulando aspectos que tengan que ver, al igual que las directivas sobre entidades financieras o seguros, con sectores muy intervenidos de la economía, en los que el establecimiento de esta regla especial podría estar plenamente justificado.

¹⁰⁷⁷ Cfr. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La sentencia *Centros*...”, *cit.*, p. 94.

¹⁰⁷⁸ Cfr. WEBER, D., “The proposed...”, *cit.*, p. 20. No obstante, hay que tener en cuenta que para que la directiva sea aplicable la sociedad que reclama la aplicación del convenio debe tener la consideración de residente en un Estado miembro. En los Estados comunitarios con un modelo societario de sede real, el requisito de la directiva no planteará de hecho problemas significativos, porque la sujeción por la renta mundial obtenida, que pasa por tener previamente personalidad jurídica, garantiza que la sociedad constituida conforme al Derecho de ese Estado tenga allí, también, su sede real, esto es, su administración central o el centro de actividad principal, según como interprete la legislación societaria de ese Estado este concepto. Los problemas de aplicación de la directiva podrán plantearse en los Estados comunitarios con un modelo de constitución. En estos casos, puede que en el Estado de constitución la sociedad no tenga ningún vínculo de carácter fáctico. Ello, como sabemos, no constituirá un problema para tener la consideración de residente, esto es, estar sujeto a tributación por la renta mundial obtenida, porque esos Estados suelen utilizar el criterio de la constitución como criterio de sujeción por la renta mundial obtenida. No obstante, en los casos en esa sociedad tenga también la consideración de residente en un Estado no comunitario, solamente se aplicará la directiva si de mediar un convenio de doble imposición con ese tercer Estado, el conflicto de la doble residencia se resuelve a favor del Estado comunitario. En caso contrario, no se aplicará la directiva. Cuando no existe convenio de doble imposición, o de haberlo no establece una norma de conflicto en supuestos de doble residencia, la aplicación de la directiva se mantiene. Nótese que los supuestos de doble residencia se suelen producir porque los Estados implicados sujetan a la sociedad en virtud de criterios diferentes.

En atención a lo expuesto, hay que realizar algunas conclusiones sobre esta materia que, como se puede comprobar, dista de estar clara¹⁰⁷⁹. En los sectores no regulados expresamente por las instituciones comunitarias, podría afirmarse que no es necesario que los elementos de carácter fáctico de una sociedad deban situarse en el Estado de constitución. No obstante, para que dicha entidad pueda recibir la protección del Derecho comunitario, esos vínculos deben materializarse en algún Estado de la Comunidad.

Con respecto a la cláusula de actividad prevista en los convenios celebrados con EEUU por Estados comunitarios, como hemos visto, la actividad empresarial de la sociedad residente en un Estado debe encontrarse en ese Estado. Este requisito podría ser contrario a la libertad de establecimiento en los términos expuestos. Asimismo, no hay que perder de vista que dicha cláusula sólo toma en cuenta la actividad en el Estado de residencia. Cualquier otra actividad empresarial realizada en un Estado comunitario no se tomará en cuenta. A este respecto, el hecho de que la cláusula de actividad sólo compute la actividad realizada en el Estado de residencia, desconociendo cualquier otra actividad realizada en un Estado comunitario, puede ser igualmente contrario a la libertad de establecimiento. La cláusula estaría obligando, materialmente, a que una empresa constituya una sociedad en todos los Estados comunitarios en los que opera, y no sólo donde se encuentra su residencia, si quiere que todos los rendimientos obtenidos en EEUU puedan acceder a los beneficios de los convenios con EEUU¹⁰⁸⁰. En este sentido, la cláusula de actividad es contraria al Derecho comunitario aunque este impusiese la obligación de realizar una actividad económica en el Estado de constitución. Nótese que la libertad de establecimiento no

¹⁰⁷⁹ Un dato relevante es que los problemas del alcance del art. 48 del TCE se han analizado fundamentalmente desde el Derecho internacional de sociedades y, en particular, qué consecuencias puede tener sobre los Estados que siguen el modelo de la sede real. No obstante, como hemos visto, también puede incidir en Derecho tributario y, especialmente, en la cláusula de actividad analizada. Sobre los problemas societarios nos remitimos a las consideraciones realizadas en el apartado II.B.1.A del segundo capítulo.

¹⁰⁸⁰ Así, por ejemplo, una sociedad residente en España con sucursales en cuatro Estados miembros, el convenio con EEUU sólo tomaría en cuenta la actividad que la sociedad desarrolla en España. La única forma de acceder a los beneficios del convenio respecto a las sucursales, es constituir una sociedad en cada Estado donde se encuentran. Obviamente, en estos casos el convenio aplicable no sería el celebrado entre España y EEUU, sino el celebrado por este último Estado y el Estado donde se encuentran las sucursales transformadas en filiales. Trasladando a este supuesto las conclusiones del TJCE en la sentencia *Saint-Gobain*, ya citada, puede sostenerse la incompatibilidad con el Derecho comunitario de una cláusula formulada en este sentido.

impide, sino impulsa, el establecimiento secundario en otros Estados de la comunidad, mediante la creación de sucursales. Estas otras actividades, protegidas por el Derecho comunitario, no se tomarían en cuenta por la cláusula de actividad, ya que solamente atiende a la actividad realizada en el Estado de residencia.

En conclusión, la cláusula de actividad puede ser contraria al Derecho comunitario porque obliga a realizar una actividad económica en el Estado de residencia y, por otro lado, es claramente contraria porque no toma en cuenta la actividad que una determinada sociedad realice en otros Estados de la Comunidad¹⁰⁸¹. Es cierto, sin embargo, que el convenio con los Países Bajos corrige parcialmente este aspecto, toda vez que también tiene en cuenta la actividad realizada en otros Estados comunitarios. A pesar de ello, como vimos en el capítulo anterior, los requisitos para que se pueda producir el cómputo de la actividad en otros Estados eran tan exigentes que, solamente en supuestos muy específicos, tenía sentido acudir a esta "cláusula ampliada de actividad" (*cfr.* apartado III.A.2.C *in fine*).

El segundo aspecto que hay que confrontar con el Derecho comunitario se refiere el tipo de actividad que debe realizar la sociedad que obtiene los rendimientos. La cláusula de actividad sólo se cumple si la sociedad realiza una actividad empresarial. A tenor del Modelo EEUU, no se considera actividad empresarial la realización o gestión de inversiones, salvo en el caso de las actividades realizadas por entidades financieras, aseguradoras o de servicios de inversión, autorizadas al efecto.¹⁰⁸²

Con independencia del lugar donde se localice la actividad de la sociedad, puede deducirse que el art. 48 TCE requiere que se realice una actividad

¹⁰⁸¹ En principio, el Estado de constitución no tiene por qué coincidir con el Estado de residencia. No obstante, en la práctica lo hará, porque con carácter general las sociedades constituidas conforme al Derecho de un Estado estarán sujetas por la renta mundial obtenida en el Estado de constitución. Los Estados comunitarios con un modelo societario de constitución, también establecen en el plano tributario el criterio de la constitución. En los Estados con un modelo de sede real, aunque el criterio de sujeción tributario tenga carácter material, en la práctica también se habrá producido allí la constitución, porque para reconocer la personalidad jurídica, y consiguientemente se produzca la sujeción al impuesto sobre sociedades, la sociedad deberá haberse constituido conforme a su legislación, porque la sede real, que es un criterio de carácter material, se sitúa en ese Estado.

¹⁰⁸² Hay que recordar que la revisión de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE propuesta para el año 2002, prevé un conjunto de cláusulas como el del art. 22 del Modelo EEUU de 1996.

económica¹⁰⁸³. El concepto de actividad económica no se define con carácter general ni en el TCE ni tampoco en el Derecho comunitario derivado. Sin embargo, en materia del impuesto sobre el valor añadido (IVA) podemos encontrar una definición en el art. 4.2 de la sexta directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, del IVA¹⁰⁸⁴.

El Modelo EEUU, como vimos, considera que las actividades realizadas por entidades financieras, aseguradoras y de prestación de servicios de inversión se encuentran dentro del ámbito de actividades excluidas ("realización o gestión de inversiones"), salvo que se realicen por entidades autorizadas. La mayoría de los convenios no ha previsto el supuesto de entidades dedicadas a la prestación de servicios de inversión. Estas entidades, aunque hayan recibido la autorización correspondiente para operar, no podrán acceder por esta vía al convenio. En el ámbito comunitario, además de haberse armonizado el régimen de las entidades de crédito y aseguradoras, también se ha armonizado el régimen de las entidades de inversión. Con este fin, existe la directiva 93/22/CEE, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables. En este sentido, como se dijo también en el apartado correspondiente, al tratarse de un sector intervenido por la Administración, deberían haberse contemplado en todos los convenios. El hecho de que no sea así, puede constituir una restricción al ejercicio de esta actividad, toda vez que tiene vedado el acceso a los beneficios del convenio.

Por otro lado, al analizar el concepto de actividad empresarial en los convenios celebrados con EEUU, y en particular las actividades excluidas, vimos cómo podía incidir sobre las sociedades de tenencia de participaciones o sociedades *holding*. Esta exclusión puede estar justificada si acudimos a la interpretación que el TJCE realiza del concepto de actividad económica en materia de IVA¹⁰⁸⁵. En este sentido, resulta

¹⁰⁸³ Cfr. PÉREZ DE LAS HERAS, B., *Las libertades económicas comunitarias*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, p. 121.

¹⁰⁸⁴ Su tenor es el siguiente: "Las actividades económicas a que se alude en el apartado 1 son todas las de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las actividades extractivas, las agrícolas y el ejercicio de profesiones liberales o asimiladas. En especial será considerada como actividad económica la operación que implique la explotación de un bien incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo".

¹⁰⁸⁵ Cfr. KEMMEREN, E., "EC Law...", *cit.*, pp. 34 y 35.

significativa la doctrina del TJCE en esta materia que se resume en la sentencia de 27 de septiembre de 2001, *Cibo*, C-16/00¹⁰⁸⁶. Transcribimos a continuación parte de esta sentencia:

“... según jurisprudencia reiterada, el artículo 4 de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que no tiene la condición de sujeto pasivo del IVA y no tiene derecho a deducir, según el artículo 17 de la Sexta Directiva, *una sociedad holding cuyo único objeto es la adquisición de participaciones en otras empresas, sin que dicha sociedad intervenga directa ni indirectamente en la gestión de estas empresas, sin perjuicio de los derechos de que sea titular dicha sociedad holding en su calidad de accionista o socio* (sentencias de 20 de junio de 1991, *Polysar Investments Netherlands*, C-60/90, Rec. p. I-3111, apartado 17, y de 14 de noviembre de 2000, *Floridienne y Berginvest*, C-142/99, Rec. p. I-9567, apartado 17).

19. Resulta de la jurisprudencia que dicha conclusión se basa principalmente en la consideración de que la mera adquisición y la mera tenencia de participaciones sociales no deben considerarse como una actividad económica, en el sentido de la Sexta Directiva, que confiera a quien la realiza la calidad de sujeto pasivo. En efecto, *la mera adquisición de participaciones financieras en otras empresas no constituye una explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, ya que el eventual dividendo, fruto de esta participación, es resultado de la mera propiedad del bien* (véanse las sentencias de 22 de junio de 1993, *Sofitam*, C-333/91, Rec. p. I-3513, apartado 12, y de 6 de febrero de 1997, *Harnas & Helm*, C-80/95, Rec. p. I-745, apartado 15).

20. Sin embargo, el Tribunal de Justicia *ha considerado que el caso es distinto cuando la participación va acompañada de una intervención directa o indirecta en la gestión de las sociedades en las que se haya producido la adquisición de la participación, sin perjuicio de los derechos que ostente el titular de las participaciones en su calidad de accionista o socio* (sentencias *Polysar Investments Netherlands*, apartado 14, y *Floridienne y Berginvest*, apartado 18, antes citadas).

21. Del apartado 19 de la sentencia *Floridienne y Berginvest*, antes citada, se deriva que dicha intervención en la gestión de las filiales debe considerarse una actividad económica en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva en la medida en que implique la realización de operaciones sujetas al IVA con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva, tales como la prestación de servicios administrativos, financieros, comerciales y técnicos por una sociedad holding como *Cibo* a sus filiales.

22. Por tanto, procede responder a la primera cuestión prejudicial que la intervención de una sociedad holding en la gestión de las sociedades en las que participa constituye una actividad económica en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva en la medida en que implique la realización de operaciones sujetas al IVA con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva, tales como la prestación de servicios administrativos, financieros, comerciales y técnicos”.

La jurisprudencia del TJCE distingue dos tipos de sociedades *holding*. Por un lado, las que intervienen directamente en la gestión de las sociedades participadas a través de la prestación de determinados servicios y, por otro, las que su función es la mera tenencia y adquisición de participaciones. Desde el punto de vista comunitario, parece razonable que la cláusula de actividad prevista en los convenios con EEUU excluyan el segundo tipo de sociedades *holding*. No obstante, el primer tipo de

¹⁰⁸⁶ Sobre esta cuestión véase ALMUDÍ CID, J.; SERRANO ANTÓN, F., “La tributación por el IVA de las Sociedades *holding*”, *QF*, núm. 2, 2002, pp. 39 a 45.

sociedad *holding* tampoco tenía la consideración de actividad empresarial para la cláusula de actividad del Modelo EEUU. Solamente en los convenios que establecen una cláusula de administración central, y siempre que se cumplan los complicados requisitos de esta cláusula, este tipo de sociedades *holding* se beneficiaría del convenio por los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente. En este sentido, los términos en los que se formula el concepto de actividad empresarial en los convenios es muy restrictivo desde el punto de vista comunitario. Las sociedades *holding* que intervienen directamente en la gestión de las sociedades participadas no podrán acceder a través de la cláusula de actividad a los beneficios del convenio. Desde el punto de vista comunitario, no estaría justificado esta exclusión, habida cuenta que esas sociedades realizan una actividad económica a todos los efectos¹⁰⁸⁷. Es más, como ha afirmado la doctrina, la cláusula de actividad puede constituir un obstáculo a la constitución de las sociedades reguladas por el reglamento comunitario que establece el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, ya que una de sus finalidades principales es permitir la creación de sociedades *holding* que intervengan directamente en la gestión de las sociedades participadas¹⁰⁸⁸.

Por último, hay que examinar a la luz del Derecho comunitario la necesidad, según la cláusula de actividad, de que los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente con la actividad empresarial realizada en el Estado de residencia. Una interpretación muy restrictiva de este requisito, como vimos en el capítulo anterior, podría privar de la protección del convenio a un gran número de supuestos. Ello sucedía cuando la relación entre la actividad empresarial y el rendimiento se conectaba con la actividad que realizaba la entidad que pagaba el rendimiento en el Estado de la fuente. Este requisito producía que sólo pudiera cumplirse cuando las actividades desarrolladas por la entidad pagadora y perceptora fueran las mismas. Por este motivo, se proponía que el término de comparación no debía ser ése, sino que simplemente había que constatar que el rendimiento obtenido en la fuente se había obtenido en el curso de la actividad de la entidad desarrollado en el Estado de

¹⁰⁸⁷ Cfr. BECKER, H.; THÖMMES, O., "Treaty Shopping...", *cit.*, p. 175 y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., "EC Law...", *cit.*, p. 83.

¹⁰⁸⁸ Cfr. BECKER, H.; THÖMMES, O., "Treaty Shopping...", *cit.*, p. 175.

residencia. En estos términos, se consigue flexibilizar este criterio, al efecto de reducir sus consecuencias restrictivas.

En atención a lo expuesto, puede concluirse que, en principio, la cláusula de actividad es compatible con el Derecho comunitario. El requisito de que la entidad que percibe los rendimientos deba realizar una actividad económica tiene amparo en la regulación de la libertad de establecimiento en el Derecho primario y secundario. Sin embargo, el hecho de que no se compute la actividad realizada en otros Estados comunitarios, además de excluir determinadas actividades (entidades que prestan servicios de inversión y *holdings* activas) puede llevar a considerar que es contraria al Derecho comunitario.

Asimismo, no hay que perder de vista que, aunque pudiera considerarse compatible, la posición del que accede a través de una cláusula que otorga la condición de residente cualificado es muy distinta a la del sujeto que accede a través de la cláusula de actividad. Nótese que el acceso al convenio solamente se produce respecto a los rendimientos que cumplen la cláusula de actividad y no para el conjunto de los rendimientos, como sucede para los sujetos que cumplen la cláusula de propiedad y erosión en la base. Esta última cláusula, como vimos, implica que las sociedades participadas mayoritariamente por residentes en Estados comunitarios distintos del Estado de residencia no tendrán más remedio que intentar el acceso a través de la cláusula de actividad, situándose en una posición menos favorable que la de los sujetos que sí pueden acceder a través de la cláusula de propiedad y erosión en la base¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁹ En este sentido, hay que remarcar que el TJCE, aunque no se haya pronunciado expresamente sobre el asunto que nos ocupa, puede deducirse de algunos de sus pronunciamientos (sentencias de 13 de julio de 1993, *Commerzbank*, C-330/91 y de 15 de mayo de 1997, *Futura Participations*, C-250/95), la regla siguiente. Son contrarios a la libertad de establecimiento aquellos regímenes que imponen requisitos más onerosos a los no residentes comunitarios cuando se trata de solicitar la devolución de impuestos o la deducción de determinadas pérdidas o gastos. En el supuesto que nos ocupa, el tratamiento otorgado por la cláusulas de limitación de beneficios a las sociedades participadas mayoritariamente por no residentes comunitarios es sustancialmente más oneroso, toda vez que no tienen más remedio que intentar el acceso al convenio a través de la cláusula de la actividad. Aunque se cumpla esta cláusula, la posición de estos sujetos con respecto a los que pueden cumplir la cláusula de propiedad y erosión en la base, es sustancialmente más onerosa, porque deben acreditar individualizadamente respecto a cada rendimiento percibido, el cumplimiento de la cláusula de actividad. Esto no sucede cuando se cumple la cláusula de propiedad y erosión en la base. Sobre estas sentencias véanse CAAMAÑO ANIDO, M.A.; CALDERÓN CARRERO, J.M., *Jurisprudencia tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades*

En último lugar, hay que analizar *la cláusula general de buena fe*. Los contribuyentes que no cumplen ninguna de las cláusulas anteriores podrán solicitar a la Administración correspondiente la aplicación del convenio. La autoridad competente deberá conceder los beneficios del convenio cuando el contribuyente pruebe que "la constitución, adquisición y mantenimiento de la persona en el Estado de residencia y la realización de sus operaciones desde ese Estado no haya tenido como uno de sus principales objetivos el disfrute de los beneficios del convenio".

Esta cláusula, como ha señalado la doctrina, puede resolver los problemas que plantean las cláusulas anteriores con el Derecho comunitario¹⁰⁹⁰. Entre los criterios que prevén algunos Memorándums de los convenios objeto de estudio, fundamentalmente los celebrados con Alemania, Austria y los Países Bajos, para concretar cómo debe aplicarse la cláusula general de buena fe, se menciona el hecho de que el Estado con el que se ha celebrado el convenio es miembro de la Unión Europea. A través de esta vía, la autoridad competente puede apreciar que la denegación de la aplicación del convenio bajo las cláusulas anteriores puede afectar a sujetos que están amparados por las libertades del Tratado de la Comunidad Europea y las normas de Derecho comunitario derivado. Así, por ejemplo, el Memorándum del convenio entre EEUU y los Países Bajos prevé que se tendrán en cuenta aquellos supuestos en los que una sociedad que teniendo derecho a la aplicación del convenio, pierda ese derecho tras una modificación de la titularidad de sus participaciones, cuando los nuevos propietarios de las mismas sean residentes en Estados de la Unión Europea. También prevé el supuesto en el que una sociedad amplía sus actividades a otros Estados comunitarios.

Europeas (1992-1995), La Ley, Madrid, 1997, pp. 76 a 88 y CAAMAÑO ANIDO, M.A.; CALDERÓN CARRERO, J.M., "Accounting, the permanent establishment and EC Law: The Futura Participations case", *EC Tax Review*, núm. 1, 1999, pp. 24 a 38. Como ha señalado GARCÍA PRATS, F.A., *Imposición directa...*, cit., p. 151, en el asunto *Futura*, la discriminación "se cifra no en la extensión de las ventajas fiscales de que disfrutaban las sociedades residentes sino en la imposición de mayores cargas fiscales procedimentales -restrictivas- a los nacionales de otros Estados miembros".

¹⁰⁹⁰ Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., "EC Law...", cit., p. 83 y HINNEKENS, L., "Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law - Applications of the Rules", cit., p. 228.

Sin lugar a dudas, si la autoridad competente tiene en cuenta la posición de los sujetos protegidos por el Derecho comunitario, es posible que a través de la concesión de los beneficios por medio de esta cláusula se reduzcan sensiblemente los supuestos en los que se produce una fricción entre las cláusulas de limitación de beneficios y el Derecho comunitario¹⁰⁹¹. No obstante, están justificadas las dudas que ello vaya a suceder en la práctica¹⁰⁹². La autoridad competente que resolverá sobre esta cuestión, en la mayoría de sus casos, será la Administración tributaria de EEUU, en calidad de Estado de la fuente¹⁰⁹³. Puede resultar paradójico el hecho de que será un Estado que no es miembro de la Comunidad, el que tomará como parámetro para adoptar su decisión determinados elementos que no le son aplicables.

A pesar de ello, si este parámetro para adoptar la decisión previsto en alguno de los convenios se aplica efectivamente, es cierto que el acceso al convenio de las sociedades residentes en Estados comunitarios será posible¹⁰⁹⁴. Sin embargo, aunque ello suceda, no puede afirmarse que la cláusula general de buena fe resuelva los problemas de incompatibilidad con el Derecho comunitario apreciados en las cláusulas anteriores.

En efecto, la posición de los sujetos que obtienen la aplicación del convenio a través de la cláusula general de buena fe es muy diferente. En primer lugar, hay que tener en cuenta que estos sujetos tienen, en todo caso, un régimen de acceso más

¹⁰⁹¹ A título ilustrativo, la autoridad competente podría admitir la cotización en mercados secundarios situados en Estados comunitarios distintos de los que el convenio reconoce. En cuanto a la cláusula de propiedad y erosión en la base, analizando si los partícipes de la sociedad son sujetos protegidos por la libertad de establecimiento y si las transacciones se realizan con sujetos protegidos por las libertades de establecimiento y prestación de servicios. Respecto a la cláusula de actividad, admitiendo como actividad empresarial la actividad desarrollada por entidades que prestan servicios de inversión al amparo de la normativa comunitaria y a aquellas sociedades *holding* que intervienen directamente en la gestión de las entidades en las que participa. Igualmente, también debería computarse la actividad desarrollada por un sujeto en otros Estados comunitarios.

¹⁰⁹² Cfr. HINNEKENS, L., "Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law - Applications of the Rules", *cit.*, p. 228.

¹⁰⁹³ No tiene sentido que se produzca a la inversa, esto es, sociedades residentes en EEUU que soliciten el acceso a través de esta vía a un Estado comunitario, en calidad de Estado de la fuente. Nótese que en estos casos esas sociedades no estarán amparadas por el Derecho comunitario. Las únicas sociedades que tendrán la consideración de residentes en EEUU, serán las sociedades constituidas conforme al Derecho estadounidense, toda vez que ese es el único criterio que la legislación tributaria de ese Estado utiliza para sujetar a tributación a una sociedad en EEUU, por la renta mundial obtenida. Como hemos visto, las sociedades protegidas por el art. 48 del TCE son las constituidas conforme al Derecho de un Estado miembro de la Unión Europea.

¹⁰⁹⁴ Cfr. SHAFFNER, J., "Highlights...", *cit.*, p. 170.

gravoso. Es necesario que formulen la correspondiente solicitud a la autoridad competente. Solamente si obtienen una resolución favorable les resultará aplicable el convenio. Es posible que dicha resolución se obtenga con posterioridad al momento en el que se produzca el pago de los rendimientos. De ser así, estos sujetos sufrirán, en un primer momento, el régimen de tributación previsto en el Estado de la fuente, sin que resulten de aplicación los límites establecidos del convenio. Ello les obligará a solicitar, con posterioridad, y una vez que la Administración haya decidido aplicar la cláusula general de buena fe, la devolución del impuesto que exceda del gravamen permitido por el convenio. En este sentido, y especialmente cuando el Estado de la fuente no paga intereses de demora cuando devuelve la cantidad correspondiente, el contribuyente afectado se encontrará en una posición peor que los sujetos que obtienen la aplicación de los límites del convenio cuando el pagador del rendimiento realiza la retención que proceda. En consecuencia, las condiciones de acceso son más desventajosas¹⁰⁹⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener en cuenta también lo establecido por el TJCE en sus sentencias de 8 de mayo de 1990, *Biehl*, C-175/88 y de 14 de febrero de 1995, *Schumacker*, C-279/93. De ellas se deduce que el hecho de que exista un procedimiento a través del que los contribuyentes puedan solicitar a la Administración que reconsidere las consecuencias discriminatorias de un determinado régimen, no es suficiente para justificar la medida normativa contraria a las libertades reguladas por el TCE¹⁰⁹⁶. Para el TJCE no es admisible que las consecuencias discriminatorias de una norma establecida con carácter general, puedan resolverse individualizadamente por la Administración cuando así lo solicite un contribuyente¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁵ Cfr. DOYLE, H., "Is Article 26...", *cit.*, p. 15.

¹⁰⁹⁶ Los apartados 56 y 57 de la sentencia *Schumacker* señalan: "De la resolución de remisión se deduce que en Derecho alemán existe un procedimiento de graduación del impuesto por razones de equidad que permite al no residente solicitar a la Administración de Hacienda que reconsidere su situación y calcule de nuevo el importe de la base imponible. Este procedimiento está regulado en el artículo 163 de la Ley General Tributaria alemana. No obstante, para considerar que se cumple la obligación impuesta por el artículo 48 del Tratado, no basta con remitir al trabajador extranjero a las medidas de equidad adoptadas en cada caso concreto por la Administración de Hacienda. Por otra parte, en la sentencia *Biehl* el Tribunal de Justicia desestimó la alegación formulada en ese sentido por la Administración de Hacienda luxemburguesa".

¹⁰⁹⁷ Cfr. KEMMEREN, E., "EC Law...", *cit.*, p. 37. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., "EC Law...", *cit.*, pp. 83 y 84 y nota 48 interpreta estos pronunciamientos en un sentido distinto. En ambas sentencias se alude a que los Estados implicados no han alegado una norma interna que imponga la obligación de eliminar las consecuencias de una norma discriminatoria o injusta. Este autor deduce una regla a partir

La cláusula general de buena fe, como hemos visto, no resuelve los problemas comunitarios del resto de cláusulas de limitación de beneficios. Sin embargo, no hay que desdeñar su importancia, porque materialmente, aunque sin resolver la cuestión de la incompatibilidad, es la que va a permitir lograr el resultado querido por el sujeto que obtiene rendimientos en EEUU, esto es, que se aplique el convenio.

Del análisis individualizado hemos podido comprobar cómo todas las cláusulas de limitación de beneficios no otorgan amparo y, por lo tanto, el acceso al convenio, a todos los supuestos protegidos por el Derecho comunitario¹⁰⁹⁸. A pesar de que la cláusula general de buena fe pueda servir de válvula de escape al efecto de que el convenio se aplique, formalmente no resuelve el problema de la incompatibilidad, toda vez que esta vía de acceso es más gravosa que el resto. El hecho de que estas normas *a priori* sean contrarias al Derecho comunitario, no quiere decir que su existencia pueda estar justificada, también, desde el punto de vista del Derecho comunitario. En el siguiente apartado se analizarán si el sistema de acceso a los convenios articulado por estas cláusulas puede subsumirse en alguna de las causas de justificación previstas en el TCE y desarrolladas por el TJCE. El análisis de esta

de una interpretación *a contrario*, en el sentido de que si existe esa norma, como sucede en las cláusulas de limitación de beneficios, se resuelve el problema de la compatibilidad con el Derecho comunitario. No obstante, este autor reconoce que esta regla difícilmente puede sostenerse, sobre todo a la luz de la sentencia *Schumacker*, en virtud de lo expuesto por el Tribunal en los párrafos transcritos en la nota anterior. A pesar de ello, considera que la sentencia *Schumacker* no puede desvirtuar lo anterior, porque el supuesto de hecho resuelto es distinto. El caso *Biehl* se trataba de una norma que provocaba un trato discriminatorio en determinados casos. En cambio, en *Schumacker* el trato discriminatorio se produce en la generalidad de los casos. En su opinión, las cláusulas de limitación de beneficios no producen un tratamiento discriminatorio en todos los casos, por lo que puede mantenerse que la regla del asunto *Biehl*, al tratarse de un supuesto distinto, no queda desvirtuada en *Schumacker*. En nuestra opinión, esta conclusión es difícilmente sostenible. En primer lugar, porque el propio tenor de la sentencia *Schumacker* niega que en el asunto *Biehl* se pueda extraer una regla como la propuesta por el profesor MARTÍN JIMÉNEZ. En segundo lugar, porque los supuestos que quedan fuera de las cláusulas de limitación de beneficios son, en su mayoría, los casos en los que se ejercitan las libertades comunitarias. No obstante, aunque la cláusula general de la buena fe no resuelva el problema de la compatibilidad, no hay que perder de vista su importancia, como señala el profesor MARTÍN JIMÉNEZ, porque es justamente la que va a permitir obtener el resultado final pretendido por los sujetos amparados por el Derecho comunitario, que es la aplicación del convenio.

¹⁰⁹⁸ Como han señalado BECKER, H.; TOMES, O., "Treaty Shopping...", *cit.*, p. 175, estas cláusulas convierten a los Estados en compartimentos estancos desde el punto de vista de los sujetos que pueden beneficiarse de los convenios. Esta visión no casa con los principios del Derecho comunitario, que pretende integrar los mercados de los Estados miembros de la Comunidad.

cuestión nos llevará a afrontar estas cláusulas desde un punto de vista global y no individualizado, como el que acabamos de realizar.

II.A.2.- Causas que justificarían las cláusulas de limitación de beneficios: Derecho comunitario y normas contra el fraude a la ley

Como ha señalado el profesor GARCÍA PRATS, la acción del TJCE no sólo se ha concretado en la ampliación progresiva del ámbito y efectos del principio comunitario de no discriminación. La acción del TJCE también se ha dirigido "a delimitar aquellas situaciones que, por la existencia de un valor o interés digno de protección, debían quedar salvaguardadas por la acción de dicho principio o de su reprobación por sus efectos discriminatorios o restrictivos"¹⁰⁹⁹. Con este fin, el TJCE ha formulado nuevas excepciones o límites a las consecuencias de las libertades comunitarias fundamentales que no se encontraban explícitamente en el Tratado de la Comunidad¹¹⁰⁰. Mediante esta interpretación se reconoce la existencia de razones imperativas de interés público que pueden justificar el mantenimiento de determinadas normas a pesar de sus efectos discriminatorios o restrictivos contrarios al Derecho comunitario.

Los criterios de interés general que permiten justificar la existencia de disposiciones discriminatorias han aparecido, en la mayoría de las ocasiones, en las alegaciones efectuadas por los Estados a favor de las normas afectadas. El TJCE, en cada caso, ha establecido si las causas de justificación alegadas por los Estados son admisibles. Respecto al ámbito tributario, hay que significar que en contadas ocasiones el Tribunal ha aceptado las causas de justificación alegadas por los Estados implicados (compensación con otras ventajas fiscales, falta de armonización, el principio de reciprocidad, la coherencia fiscal, el riesgo de evasión fiscal, etc.)¹¹⁰¹.

No vamos a analizar cada una de las causas de justificación que el TJCE ha tomado en consideración en sus distintos pronunciamientos. Solamente nos vamos a

¹⁰⁹⁹ GARCÍA PRATS, F.A., *Imposición directa...*, cit., p. 159.

¹¹⁰⁰ Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., *Imposición directa...*, cit., p. 159.

¹¹⁰¹ Véase sobre ello el detenido estudio de GARCÍA PRATS, F.A., *Imposición directa...*, cit., pp. 159 a 206 y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.; CALDERÓN CARRERO, J.M., *Imposición directa...*, cit. Este trabajo analiza las causas de justificación alegadas por los Estados en cada libertad comunitaria.

detener en la siguiente causa de justificación, “el riesgo de evasión fiscal” que es la que mejor encaja desde el punto de vista de la configuración de las cláusulas de limitación de beneficios.

En efecto, las cláusulas de limitación de beneficios se introdujeron en los convenios objeto de estudio con el fin de combatir el *treaty shopping*. Solamente deben concederse los beneficios de un convenio de doble imposición cuando el sujeto afectado tenga un vínculo suficiente en el Estado de residencia o tenga motivos económicos válidos para obtener desde ese Estado los rendimientos generados en el Estado de la fuente. En este sentido, estas normas pretenden evitar que “montajes artificiosos”, puedan recibir la protección del convenio.

El Derecho comunitario, en principio, no prohíbe que los Estados adopten las medidas necesarias para denegar la aplicación de determinados regímenes en supuestos de evasión o elusión fiscal. Como es sabido, los ordenamientos de todos los Estados prevén mecanismos para luchar contra el fraude a la ley¹¹⁰². El propio Derecho comunitario ampara estas medidas en las escasas normas que se han adoptado en materia de armonización de la imposición directa.

En efecto, el art. 1.2 de la directiva 90/435/CE, en materia de matrices y filiales, señala que “la presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos”. En igual sentido se expresa el art. 11.a) de la directiva 90/434/CE, en materia de fusiones, estableciendo que “un Estado miembro podrá negarse a aplicar [los beneficios de la directiva] cuando la operación de fusión, de escisión, de aportación de activos o de canje de acciones [...] tenga como principal objetivo o como uno de los principales objetivos el fraude o la evasión fiscal”¹¹⁰³.

¹¹⁰² Cfr. DE KLEER, M., “Towards a European Anti-Abuse Doctrine in Direct Taxation?”, *Intertax*, núm. 4, 1996, p. 144.

¹¹⁰³ La directiva en materia de fusiones añade que “el hecho de que una de las operaciones contempladas en el artículo 1 no se efectúe por motivos económicos válidos, como son la reestructuración o la racionalización de las actividades de las sociedades que participan en la operación, puede constituir una presunción de que esta operación tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal”. La propuesta de directiva en materia de intereses y cánones pagados entre empresas asociadas contienen una disposición similar del siguiente

Asimismo, el TJCE, en su sentencia de 23 de marzo de 2000, *Dionysios*, C-373/97, señaló que "los justiciables no pueden prevalerse del Derecho comunitario de forma abusiva o fraudulenta [...] los órganos jurisdiccionales nacionales, basándose en elementos objetivos, pueden tener en cuenta el comportamiento abusivo del interesado a fin de denegarle, en su caso, el beneficio de la disposición de Derecho comunitario invocada. A este respecto, deben tomar no obstante en consideración los objetivos perseguidos por la disposición de que se trate" (apartados 33 y 34).

Pues bien, aunque el propio Derecho comunitario admita la utilización de medidas de estas características, esto es, normas contra los supuestos de elusión y evasión fiscal, las supedita al cumplimiento de una serie de requisitos.

Los límites a la configuración y utilización de estas normas pueden deducirse en los siguientes pronunciamientos del TJCE: las sentencias de 17 de julio de 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, de 16 de julio de 1998, *ICI*, C-264/96 y la sentencia *Centros*, ya citada. El pronunciamiento principal a estos efectos es la sentencia *Leur-Bloem*. Esta sentencia se refiere al alcance del art. 11.a) de la directiva en materia de filiales. Las conclusiones a las que llega el Tribunal pueden trasladarse a otros ámbitos no cubiertos por normas de Derecho comunitario, como sucede en las sentencias *ICI* y *Centros*¹¹⁰⁴. La sentencia *Leur-Bloem* establece lo siguiente:

"El artículo 11 de la Directiva 90/434 debe interpretarse en el sentido de que, para comprobar si la operación contemplada tiene como objetivo principal o como uno de sus principales objetivos el fraude o la evasión fiscal, *las autoridades nacionales competentes deben proceder, en cada caso, a un examen global de dicha operación*. Tal examen debe ser susceptible de

tenor: "Un Estado miembro podrá denegar el amparo de la presente Directiva o negarse a aplicarla a cualquier transacción que tenga como objetivo principal o como uno de sus objetivos principales el fraude fiscal o la evasión fiscal" (art. 6.2). Las dos directivas y la propuesta de directiva utilizan el concepto de "fraude fiscal". La versión en inglés de estas normas utiliza el término *tax avoidance*, que no se corresponde exactamente con el concepto de fraude fiscal, salvo que lo interpretemos en un sentido estricto, referido exclusivamente a los supuestos de fraude a la ley tributaria. Quizás hubiera sido más correcto traducir *tax avoidance* como elusión fiscal. Sobre estas precisiones terminológicas nos remitimos a lo expuesto en el apartado II.A del capítulo segundo.

¹¹⁰⁴ Como ha señalado MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., "Jurisprudencia del TJCE", *REDF*, núm. 103, 1999, p. 584, comentando la sentencia *ICI*, que, aunque "no lo cite, aquí el TJCE está empleando un argumento que ya utilizó en la sentencia *Leur-Bloem* en relación con la cláusula anti-abuso de la directiva de fusiones". En otro trabajo, "Jurisprudencia del TJCE", *REDF*, núm. 99, 1998, p. 486, señala el mismo autor que la sentencia *Leur-Bloem*, es útil para examinar la compatibilidad de las cláusulas de limitación de beneficios contenidas en el convenio entre España y EEUU con el Derecho comunitario.

control jurisdiccional. Conforme a la letra a) del apartado 1 del artículo 11 de la Directiva, los Estados miembros pueden establecer que el hecho de que la operación contemplada no se haya efectuado por motivos válidos constituye una presunción de fraude o de evasión fiscal. A ellos les corresponde determinar los procedimientos internos necesarios para tal fin, respetando el principio de proporcionalidad. No obstante, *el establecimiento de una norma de alcance general que prive automáticamente de la ventaja fiscal a determinadas categorías de operaciones fiscales basándose en criterios como los mencionados en la respuesta a la segunda cuestión, letra a), tanto si se ha producido efectivamente una evasión o un fraude fiscal, como si no, excedería de lo necesario para evitar dicho fraude o evasión fiscal e iría en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva*"

Las cláusulas de limitación de beneficios se han formulado precisamente en los términos no admitidos por el TJCE. Como se puede apreciar, *la configuración de las cláusulas de limitación de beneficios parte de la "presunción" de que todas las entidades con personalidad jurídica actúan fraudulentamente*¹¹⁰⁵. Ello se puede comprobar porque *estas cláusulas solamente se aplican a las personas jurídicas*, o dicho de otra manera, solamente las personas jurídicas tienen que cumplir las cláusulas de limitación de beneficios para acceder al régimen del convenio. Y ello porque normalmente las estructuras *treaty shopping* se articulan a través de personas jurídicas. Las personas físicas por el mero hecho de tener la consideración de residente en alguno de los Estados parte del convenio acceden a los beneficios previstos en el mismo. Por lo tanto, el sistema de acceso al convenio articulado a través de estas cláusulas no examina en cada caso si el establecimiento en el Estado de residencia de una entidad se produce por motivos exclusivamente fiscales y, en particular, para lograr el acceso a los convenios de doble imposición celebrados por ese Estado.

Cualquier sociedad, exista o no un propósito fraudulento, deberá pasar previamente por estas cláusulas si quiere obtener la aplicación del convenio. Es más, cuando no se cumplan ninguna de las cláusulas establecidas en el convenio, el contribuyente, a través de la cláusula general de buena fe, tiene la obligación de probar que no actúa fraudulentamente. Esta situación difícilmente puede ser conforme con los criterios establecidos en la sentencia *Leur-Bloem*, toda vez que en virtud de la misma es la Administración quien debe soportar la carga de probar, en cada caso, que

¹¹⁰⁵ Cfr. GOOSSEN, H., "Limiting...", *cit.*, pp. 19 y 20. Hay que insistir que esa "presunción", siguiendo a MARÍN-BARNUEVO FABO, D., *Presunciones...*, *cit.*, p. 169, se limita a actuar como ratio de la norma, "como motivo lógico que ha inducido al legislador a imponer una cierta disciplina de derecho sustancial".

una entidad actúa fraudulentamente, para poder denegar un determinado régimen tributario: En las cláusulas de limitación de beneficios, principalmente cuando es necesario utilizar la cláusula general de buena fe, es el contribuyente quien tiene la carga de probar, en cada caso, que no actúa fraudulentamente con el fin de obtener la aplicación del convenio.

No obstante, hay que tener en cuenta que el criterio previsto en la sentencia *Leur-Bloem* se establece en un asunto donde se interpretaba una cláusula antielusión recogida por el Derecho comunitario y no una medida antielusión fiscal de carácter nacional. Esta circunstancia, como han señalado algunos autores¹¹⁰⁶, tiene su trascendencia, dado que el TJCE viene rechazando de forma sistemática el riesgo de evasión fiscal para justificar una medida nacional restrictiva o discriminatoria de una libertad comunitaria, mientras que con las disposiciones anti-abuso comunitarias aplica el criterio antes apuntado. Teniendo en cuenta lo anterior, podría concluirse que el criterio establecido en la sentencia *Leur-Bloem* no valdría para el supuesto de hecho que estamos analizando. Sin embargo, creemos que ello no es así, porque la directiva en materia de fusiones, que es sobre la que se pronuncia el TJCE, no establece directamente una norma anti-abuso, sino simplemente autoriza a los Estados miembros a aplicar sus normas internas para denegar un determinado régimen cuando se produce una situación de evasión o elusión fiscal. La pertinencia del criterio asentado en la sentencia *Leur-Bloem* en otros supuestos no regulados expresamente por normas comunitarias encuentra su fundamento en la propia jurisprudencia del TJCE, concretamente en la sentencia *ICI*, que utiliza el mismo criterio que en la sentencia *Leur-Bloem*, aunque sin hacer referencia expresa a este pronunciamiento. En la sentencia *ICI* se analiza la compatibilidad de una norma de la legislación de Reino Unido con la libertad de establecimiento regulada en el TCE. Lo mismo sucede en la sentencia *Centros*.

En cualquier caso, aunque se concluya que formalmente el criterio utilizado por la sentencia *Leur-Bloem* no es aplicable a "los supuestos no armonizados", ello no

¹¹⁰⁶ Cfr. CAAMAÑO ANIDO, M.A.; CALDERÓN CARRERO, J.M., "La erosión de las medidas de control fiscal del Estado de residencia: una reflexión al hilo de la jurisprudencia comunitaria en el caso *ICI*", *RCT*, núm. 207, 2000, pp. 29 y 30 y nota 19.

impediría su aplicación al supuesto que nos ocupa. En el fondo, el criterio que establece el supuesto de dicha sentencia se asemeja a los requisitos utilizados por el TJCE en otros pronunciamientos, para considerar que están justificadas aquellas medidas que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales reguladas en el TCE.

En efecto, el TJCE ha señalado reiteradamente que para que esas medidas sean admisibles deben aplicarse de manera no discriminatoria, perseguir un fin legítimo y ser adecuadas y proporcionales a la realización del objetivo que persiguen¹¹⁰⁷. Aunque la sentencia *Leur-Bloem* no lo dice expresamente, parece difícil que el TJCE admita una medida discriminatoria. “El fin legítimo” en la sentencia *Leur-Bloem* es precisamente evitar que en supuestos de elusión o evasión fiscal determinados sujetos. Obviamente, aunque no se diga expresamente, la medida utilizada deberá ser adecuada a ese fin, que es justamente la denegación del régimen. Y, finalmente, la necesidad de que la medida sea proporcional, es un requisito que viene recogido expresamente en la sentencia *Leur-Bloem*.

Pues bien, teniendo en cuenta esos criterios, tampoco las cláusulas de limitación de beneficios estarían justificadas. El fin perseguido podría tener amparo en el Derecho comunitario, ya que se pretende que no gocen de protección aquellas entidades que tengan un vínculo económico suficiente con el Estado de residencia o tengan motivos económicos para obtener desde ese Estado los rendimientos producidos en el Estado de la fuente. Sin embargo, como hemos visto, la configuración de estas cláusulas, por lo menos en su modalidad normal de acceso, estarían cerrando el acceso a los convenios a aquellas entidades establecidas en un Estado comunitario que ejercen libertades comunitarias. Esto es, las sociedades que cotizan en mercados secundarios comunitarios (libre circulación de capitales), las sociedades participadas mayoritariamente por residentes en otros Estados comunitarios (libertad de establecimiento), las que realicen operaciones con no residentes comunitarios que originen gastos deducibles (libertad de prestación de servicios y libertad de establecimiento) y las que realicen actividades fundamentalmente en

¹¹⁰⁷ Cfr. GARCÍA PRATS, F.A., *Imposición directa...*, cit., p. 167.

Estados distintos del Estado donde residen (libertad de establecimiento) no podrán acceder al régimen del convenio. En igual sentido, la medida es desproporcionada, porque "presume" que en esos casos se produce un supuesto de elusión fiscal, lo que no tiene porqué ser cierto, especialmente si se está ejerciendo efectivamente las libertades comunitarias. Nótese que el Derecho comunitario no ampara a las sociedades que no tienen ningún vínculo de carácter fáctico con el territorio comunitario, ni tampoco considera que una sociedad realiza una actividad económica cuando su objeto es exclusivamente la adquisición y tenencia de participaciones.

Los supuestos excluidos sólo podrán acceder a través de la cláusula general de buena fe. Aunque la Administración correspondiente pueda valorar el "factor comunitario" al efecto de resolver en sentido positivo la solicitud, la existencia de esta cláusula no resuelve el problema de que esos sujetos se encuentran en una posición menos ventajosa. Por lo tanto, en virtud de lo expuesto, las cláusulas de limitación de beneficios, tal y como se han configurado, no son compatibles con el Derecho comunitario cuando los sujetos afectados ejercen efectivamente las libertades que dicho ordenamiento les reconoce y tampoco puede justificarse su existencia de acuerdo con los criterios establecidos por el TJCE.

Para que las cláusulas de limitación de beneficios fueran conformes con el Derecho comunitario deberían haberse establecido de tal manera que dieran cobertura a los supuestos protegidos por el Derecho comunitario. Ello requeriría autorizar la aplicación de los convenios a las sociedades que cotizan en cualquier mercado secundario comunitario y computar, a efectos de la cláusula de propiedad y erosión en la base, las participaciones y transacciones que afecten a sujetos amparados por el Derecho comunitario. Igualmente, la cláusula de actividad no debería excluir a las empresas autorizadas para prestar servicios de inversión, además de las sociedades *holding* que intervienen en la gestión de las sociedades participadas. Ello no excluiría, de acuerdo con los parámetros de la sentencia *Leur-Bloem* que, en los casos en que se aprecie un supuesto de ejercicio abusivo de las libertades comunitarias, pueda denegarse la aplicación del convenio. Ahora bien, nótese que no se trataría de una

norma que niega un determinado régimen sin apreciar individualizadamente si se ha producido una actuación fraudulenta.

En este sentido han actuado algunos Estados al desarrollar la habilitación prevista en el art. 1.2 de la directiva sobre matrices y filiales. Tomando el ejemplo del caso español (art. 13.1.g de la LIRNR), la norma solamente deniega la exención de los dividendos en la obligación real cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz pertenezcan directa o indirectamente a personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea. Quedan exceptuadas las matrices que realicen actividades empresariales directamente relacionadas con la actividad de la filial o que tengan por objeto la dirección y gestión de la filial mediante la adecuada organización de medios materiales o personales o pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen de la directiva.

Pues bien, a primera vista podría pensarse que se está obstaculizando la libertad de establecimiento secundario de las matrices afectadas. No obstante, no se produce tal restricción, porque para ejercer la libertad de establecimiento, en su modalidad de establecimiento secundario, es necesario que la matriz esté "establecida en el territorio de la Comunidad y que [...] tenga un vínculo en la Comunidad, esto es, esté integrado en la economía de un Estado"¹¹⁰⁸. La norma española respeta lo anterior, porque introduce una serie de elementos para mantener la aplicación del régimen que responden justamente a las exigencias de la libertad de establecimiento. Nótese que no se exige que la actividad económica de la matriz se materialice en el Estado que reside la misma. Además, por último, la matriz solamente tiene la obligación de probar, al igual que en la cláusula general de buena fe, que concurren motivos económicos válidos, cuando no existe ese vínculo económico con la Comunidad, materializado en la realización de una actividad empresarial¹¹⁰⁹. Hay que advertir, sin embargo, que la norma española establece un tratamiento discriminatorio respecto a las matrices que pertenecen a sujetos que no residen en la Unión; no

¹¹⁰⁸ Cfr. ABELLÁN HONRUBIA, V.; VILÀ COSTA, B. (dir.), *Lecciones...*, cit., p. 266.

¹¹⁰⁹ Nótese que, a diferencia de la cláusula de actividad en los convenios con EEUU, no se excluyen las sociedades *holding* que intervienen en la gestión de sus filiales.

obstante, estos sujetos no están amparados por el Derecho comunitario, por lo que no se trataría de una medida discriminatoria prohibida por este ordenamiento. Finalmente, hay que señalar que se trata de una medida proporcional o adecuada, habida cuenta que sólo excluye a las matrices anteriores cuando carecen de un vínculo económico con la Comunidad, materializado a través de la realización de una actividad empresarial¹¹¹⁰.

Una vez comprobada la incompatibilidad de las normas analizadas, y la inexistencia de causas que las justifiquen, la cuestión siguiente que hay que resolver es cuáles son las consecuencias de dicha incompatibilidad. Parafraseando las palabras de VANISTENDAEL, aunque puede resultar sencillo afirmar la incompatibilidad de las

¹¹¹⁰ No obstante, sí podría plantearse algún problema cuando tanto la matriz como la filial realizan actividades empresariales distintas y la matriz no gestiona la filial mediante la adecuada organización de medios materiales y personales. A pesar de ello, puede mantenerse la compatibilidad de la norma, porque en este caso la constitución de la sociedad matriz se ha realizado por motivos económicos válidos. A diferencia de lo que sucede en la cláusula general de buena fe de los convenios, estas sociedades no tienen que solicitar a la Administración la aplicación de la norma. Solamente, en un hipotético procedimiento de comprobación, tendrán que probar la existencia de esos motivos económicos válidos, sin que se prive, *ab inito*, a esas sociedades del régimen. Por el contrario, en el ámbito de los convenios, aunque en un procedimiento de comprobación una sociedad demuestre que existen motivos económicos válidos, ello no supondrá la aplicación del convenio, porque previamente no ha solicitado su aplicación a través de la cláusula general de buena fe. Esta postura tiene apoyo en la consulta de la DGT de 16 de julio de 1992 (comentada por MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.; CALDERÓN CARRERO, J.M., en *Comentarios a la LIRNR*, cit., pp. 213 y 214), de la que se deduce que si la sociedad hubiera demostrado motivos económicos válidos hubiera disfrutado del régimen de la directiva, sin necesidad de que lo hubiera solicitado expresamente con carácter previo. Hay que resaltar que la doctrina ha considerado que esta norma es compatible con el Derecho comunitario. Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.; CALDERÓN CARRERO, J.M., en *Comentarios a la LIRNR*, cit., pp. 214 y 215. No ha sucedido lo mismo con las normas adoptadas en otros Estados. Nos referiremos exclusivamente al caso alemán. El art. 50 de la *ESiG* se aplica tanto para el caso de la directiva en materia de matrices y filiales como para los convenios de doble imposición. La sociedad matriz sólo tendrá derecho a la exención en la fuente de los dividendos cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) si los partícipes de la matriz hubieran tenido, de obtener directamente el dividendo, el derecho a la misma exención b) si existen motivos económicos válidos para la interposición de una sociedad matriz entre la filial y los partícipes de aquélla y c) si la sociedad matriz realiza una actividad empresarial por sí misma. En consecuencia, la sociedad matriz solamente tendrá derecho a la exención si sus partícipes hubieran obtenido también dicha exención y realiza por sí misma una actividad empresarial -el segundo requisito la doctrina lo interpreta conjuntamente con el tercero, ya que si la matriz desarrolla una actividad empresarial se entiende que concurren motivos económicos válidos-. Esta norma, como se puede apreciar, es más restrictiva, incluso, que el conjunto de cláusulas de limitación de beneficios de los convenios analizados, por lo que los argumentos utilizados para ellas pueden reproducirse en este caso. Nótese que esta norma, a diferencia que la española, excluye a todas las matrices comunitarias y no sólo a las que pertenecen mayoritariamente a residentes en Estados terceros. Además, introduce un requisito adicional similar a la cláusula de beneficios derivados, que restringe aún más la posibilidad de acceder al régimen de la directiva. Cfr. BLUMENBERG, J., "Recent developments in German international taxation", *Tax International Tax Journal*, núm. 3, 1994, pp. 85 y 86, RÄDLER, A., "Limitation...", cit., pp. 305 y 306 y THÖMMES, O.; EICKER, K., "Limitation on benefits: the German view Sec.50D(1A) Individual Income Tax Act and EC law issues", *ET*, núm. 1, 1999, pp. 12 y 13.

cláusulas de limitación de beneficios previstas en los convenios con EEUU, el problema más importante es constatar cómo puede resolverse esta cuestión y cuáles son sus consecuencias¹¹¹. A ello nos referiremos en un apartado ulterior. No obstante, puede adelantarse que la solución no es la terminación del convenio, porque las consecuencias de la ausencia de convenio con EEUU, aunque formalmente resuelven el problema de la incompatibilidad, pueden ser mucho más gravosas que la propia existencia de un convenio con cláusulas de limitación de beneficios. Y ello, precisamente, porque aunque sea a través de la cláusula general de buena fe, el resultado querido por los sujetos amparados por el Derecho comunitario, esto es, que el convenio se aplique, se puede lograr.

II.B.- Los convenios celebrados entre Estados comunitarios

En este apartado nos vamos a referir a los convenios celebrados por España con Estados comunitarios que contienen cláusulas de limitación de beneficios.

En primer lugar, nos debemos referir a los convenios celebrados con Irlanda y Portugal. Estos convenios, como vimos en el capítulo anterior, contienen una cláusula de propiedad que afecta a determinados rendimientos. Cuando una sociedad esté participada directa o indirectamente en más de un cincuenta por ciento por sujetos que no residan en el mismo Estado, no se aplicará el convenio respecto a los sujetos afectados. No obstante, no se excluirá la aplicación del convenio cuando la sociedad realice en el Estado de residencia actividades comerciales o industriales sustantivas, distintas de la simple gestión de valores u otros activos.

Los mismos argumentos que sirvieron para explicar la incompatibilidad de las cláusulas de limitación de beneficios previstas en los convenios celebrados con EEUU, valen también para llegar aquí a la misma conclusión. La cláusula de propiedad excluye a todas las entidades participadas por sujetos que ejercen la libertad comunitaria de establecimiento secundario. El hecho de que no se deniegue la aplicación del convenio cuando realizan una actividad empresarial puede resolver el

¹¹¹ Señala VANISTENDAEL, F., "The Limits...", *cit.*, p. 306, "it may be easy to say that a treaty provision is in conflict with community law, it is more difficult to decide what to do about it".

problema de la incompatibilidad. No obstante, se plantean los mismos problemas que en la cláusula de actividad prevista en los convenios analizados. Solamente se computa la actividad empresarial desarrollada en el Estado de residencia. Además, tal y como se formula el concepto de actividad, parece que también quedarían excluidas aquellas sociedades *holding* que intervienen en la gestión de las sociedades participadas. De no aplicarse el convenio en estos supuestos, al igual que sucedía en el apartado anterior, estas cláusulas serían contrarias al Derecho comunitario cuando afecten a sujetos amparados por este ordenamiento¹¹¹².

No se puede llegar a la misma conclusión respecto a la cláusula de exclusión prevista en el convenio entre España y Luxemburgo. Las sociedades *holding* luxemburguesas de la Ley de 1929 están excluidas del ámbito de aplicación del convenio. Esta exclusión puede estar justificada desde el punto de vista del Derecho comunitario, toda vez que no realizan actividad económica alguna, en el sentido en que se ha expresado el TJCE en materia del IVA. Esta conclusión también puede encontrar apoyo en el hecho de que este régimen ha sido incluido dentro de las medidas que cumplen los requisitos del Código de Conducta Comunitario para considerar que un régimen tributario es "pernicioso". Aunque el Código no sea un instrumento normativo, constituye un punto de referencia importante a estos efectos.

La utilización del método de exclusión, aunque no se inserta en el esquema utilizado por las cláusulas de limitación de beneficios para diseñar el acceso al régimen de los convenios celebrados con EEUU, trae a colación un problema de este método, al que nos debemos referir someramente.

Como hemos señalado, este método se ha utilizado para excluir determinados regímenes tributarios creados por Estados comunitarios que, a pesar de tener la condición de ayudas de Estado en el sentido de los arts. 87 y 88 del TCE, han sido

¹¹¹² CAAMAÑO ANIDO, M.A.; CALDERÓN CARRERO, J.M.; MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (1996-1999)*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 425 y 426 apuntan también la incompatibilidad con el Derecho comunitario de los convenios celebrados por España con Irlanda y Portugal. También señalan que el nuevo convenio con Bélgica sería incompatible, porque contiene una cláusula de limitación de beneficios similar a la prevista en los dos convenios anteriores. No hemos podido tener acceso a dicho convenio, toda vez que todavía no se ha publicado en el BOE.

autorizados por la Comisión. Estos regímenes pretenden favorecer el desarrollo de determinados territorios comunitarios, a través de la creación de un régimen fiscal favorable que sirva para atraer inversiones hacia ese territorio. Obviamente, el establecimiento de un régimen de tal cariz no es el único medio para favorecer el desarrollo de dichos territorios, pero es el que en la práctica se ha utilizado y la Comisión ha autorizado.

Los fines que se pretenden conseguir con la creación de dichas zonas de baja tributación pueden verse seriamente mermados por el establecimiento de normas que excluyan la aplicación de otras normas tributarias cuando las transacciones se efectúan con entidades establecidas en esos territorios. Un ejemplo de esas normas puede ser la propia cláusula de exclusión. Las entidades establecidas en dichos territorios no gozarán de la protección del convenio. Estas exclusiones, especialmente cuando se prevén en convenios celebrados en Estados miembros, podrían considerarse contrarias al Derecho comunitario. Los motivos de dicha incompatibilidad no serían exclusivamente los utilizados para explicar el supuesto de las cláusulas de limitación de beneficios. En este supuesto, habría que valorar en qué medida el hecho de que la Comisión haya autorizado ese régimen vincula al resto de Estados miembros¹¹¹³. Si efectivamente el resto de Estados están vinculados, estos Estados deberían coadyuvar a que dicho régimen consiga los efectos queridos, lo que pasaría por la obligación de no forzar una cláusula de exclusión en los convenios celebrados con el Estado donde se encuentra el territorio afectado.

El TJCE no se ha pronunciado al respecto. No obstante, queremos significar que es posible deducir la obligación del resto de Estados de no adoptar medidas que impidan la consecución de los fines asignados a los regímenes autorizados por la Comisión. A pesar de que ello pueda ser así, se nos plantean dos dudas al respecto.

¹¹¹³ Esta idea ha sido apuntada por RAVENTÓS CALVO, S., "El *treaty shopping*...", *cit.*, p. 71 y 72 y VANISTENDAEL, F., "Looking back...", *cit.*, p. 159. RÄDLER, A.; LAUSTERER, M.; BLUMENBERG, J., "Tax Abuse and EC Law", *EC Tax Review*, núm. 2, 1997, p. 93, señalan que la adopción de medidas, por parte de otros Estados miembros, contra estos regímenes autorizados por la Comisión, es contrario al deber de lealtad comunitario. No obstante, el autor que ha analizado con profundidad esta materia, refiriéndose especialmente al régimen de la zona de Madeira, es DE SAMPAYO RIBEIRO, N., *Regional Policy and Direct Taxation Policy: A case of EC operational [Des] co-ordination?*, IBFD International Tax Academy, Ámsterdam, 1997.

En principio, si la medida adoptada para fomentar el desarrollo de las zonas afectadas fuera, por ejemplo, la concesión de una subvención, no parece que el problema anterior se plantee.

En segundo lugar, si efectivamente pudiera sostenerse que el resto de los Estados tienen “una obligación de no hacer”, esta situación no casaría con las medidas emprendidas en la Comunidad mediante la aprobación del Código de Conducta. Es más, como señalamos en otro lugar de este trabajo (apartado I.C del segundo capítulo), es criticable la incoherencia de la actuación de la Comunidad en esta materia, toda vez que por un lado autoriza el régimen portugués de la zona de Madeira y, por otro lado, lo califica como “medida fiscal perniciosa” en aplicación del Código de Conducta¹¹¹⁴. A este respecto, al menos, nos parece razonable exigir un grado mayor de coherencia de la política comunitaria en materia tributaria. No nos cabe duda que estos problemas están en mente de la Comisión, al afirmar en su Comunicación de 23 de mayo de 2001, titulada “Política fiscal en la Unión Europea – Prioridades para los próximos años”, que hasta la fecha “las propuestas en materia fiscal se han debatido con demasiada frecuencia de manera aislada y no enmarcadas en el contexto de una política más amplia de la Unión Europea”.

Un claro ejemplo de esa falta de coherencia, es que las medidas contra el fraude a la ley previstas por los Estados en su legislación interna y en los convenios celebrados se encuentren con un gran número de obstáculos cuando son enjuiciadas por el TJCE en el marco de las libertades comunitarias y, por otro lado, las conclusiones adoptadas en el marco del Código de Conducta respalden la adopción de dichas medidas¹¹¹⁵.

¹¹¹⁴ Un ejemplo donde se introduce cierto grado de coherencia es en el convenio celebrado en 1999 entre Portugal y los Países Bajos. En su articulado se señala que no tendrán derecho a la aplicación de los beneficios previstos por el convenio para la tributación en el Estado de la fuente cuando el sujeto afectado disfrute en el Estado de residencia de un régimen tributario que se haya calificado como “pernicioso” bajo los criterios del Código de Conducta comunitario. No obstante, no se considerará que se trata de un régimen pernicioso cuando haya sido autorizado por las Instituciones comunitarias por estar destinado a favorecer el desarrollo económico de determinadas regiones. Cfr. VAN DEN ENDE, R.; SMIT, P., “Netherlands/Portugal...”, *cit.*, p. 101.

¹¹¹⁵ Como han señalado MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.; CALDERÓN CARRERO, J.M., *Imposición directa...*, *cit.*, pp. 166 y 167, “no puede olvidarse que buena parte de las medidas fiscales restrictivas [adoptadas los Estados] persiguen contrarrestar los fenómenos tan perjudiciales para los Estados como para la propia UE como son la denominada *tax degradation*, y la evasión y el fraude fiscal

III.- Consecuencias de la incompatibilidad de las cláusulas de limitación de beneficios con el Derecho comunitario

II.A.- En los convenios con Estados terceros: La responsabilidad de los Estados miembros por la infracción del Derecho comunitario

Al igual que en el apartado anterior, las consecuencias de la incompatibilidad de las cláusulas analizadas deben realizarse separando los supuestos de los convenios celebrados con Estados terceros, fundamentalmente EEUU, y los convenios celebrados entre Estados comunitarios. Como veremos, las consecuencias, desde el punto de vista material, son muy distintas. La explicación es sencilla, en el primer conjunto de supuestos, uno de los Estados parte del convenio no pertenece a la Comunidad y, por lo tanto, no se encuentra bajo el ámbito de aplicación de las normas comunitarias.

Comenzaremos por el primer supuesto, esto es, los convenios celebrados en los Estados miembros y EEUU. Con carácter previo, creemos que es necesario realizar una serie de puntualizaciones que, en cierta medida, condicionarán el alcance de las consecuencias de la posible incompatibilidad de las cláusulas incluidas en esos convenios con el Derecho comunitario.

Pues bien, en primer lugar hay que tener en cuenta que las cláusulas de limitación de beneficios, tal y como se configuran en los convenios objeto de estudio, se han introducido a instancias del Estado parte que no se integra en la Comunidad europea, esto es, EEUU¹¹⁶. Como hemos visto, EEUU han pretendido establecer un régimen de acceso a los beneficios de los convenios de doble imposición similar al previsto en sus normas sobre el *branch tax*. Estas normas se han establecido

internacional, o servir de instrumento para garantizar el control fiscal efectivo. Por tanto, la legitimidad de tales medidas nacionales dependerá en buena medida de la admisión o inadmisión de tales existencias imperativas como causas de justificación de una restricción fiscal; de admitirse este tipo de fundamentos como causas legítimas para amparar una restricción de una libertad comunitaria el TJCE tendría que enfrentarse a cuestiones tales como la delimitación o configuración de un concepto uniforme de fraude y evasión fiscal a nivel comunitario, lo cual, probablemente, sólo pueda hacerse de forma casuística [...]. Tampoco puede desconocerse que a través de toda esta jurisprudencia el TCE está configurando de forma progresiva los principios aplicables a las cláusulas nacionales antifraude y evasión fiscal que afectan al ejercicio de libertades comunitarias”.

¹¹⁶ Cfr. VAN UNNIK, D.; BOUDESTEIJN, M., “The New US-Dutch ...”, *cit.*, p. 113.

unilateralmente por EEUU y materialmente constituyen un incumplimiento (*treaty override*) de los convenios celebrados por EEUU que resultan afectados.

Los Estados miembros de la Comunidad se han visto obligados a aceptar la inclusión de estas cláusulas en los convenios con EEUU. Como hemos visto, en muchos de los casos, la renegociación de los convenios existentes se ha visto principalmente propiciada por la intención de los EEUU de incluir estas cláusulas en los mismos. Es difícil pensar que la celebración del convenio hubiera sido posible si los Estados comunitarios se hubieran negado a aceptarlas. Por lo tanto, se puede afirmar que no son los Estados miembros los que han impulsado la inclusión de estas cláusulas. De hecho, si tal aceptación no se hubiera producido, es probable que no se hubieran celebrado los convenios correspondientes. Ello hubiera producido una situación más gravosa, esto es, la ausencia de convenio. Conviene recordar que la normativa estadounidense en materia de obligación real establece, con carácter general, un gravamen del treinta por ciento sobre el importe bruto de los rendimientos obtenidos por no residentes que operan en EEUU *sin* establecimiento permanente.

Es más, el hecho de que en un caso hipotético hubiera sido posible celebrar un convenio sin cláusulas de limitación de beneficios –alegando los Estados miembros que no pueden aceptar esas cláusulas como consecuencia de las obligaciones que tienen como miembros de la Comunidad– no hubiera resuelto en la práctica el problema. En efecto, como señaló en su momento MORRISON, jefe de la delegación de los EEUU para la negociación del convenio con Irlanda, el hecho de que el TJCE declarase que los Estados miembros no pueden aceptar la inclusión de cláusulas de limitación de beneficios, no supondría obstáculo alguno para que el Congreso de los EEUU adoptase *unilateralmente* normas similares¹¹¹⁷. Por lo tanto, el hecho de que estas cláusulas no se hubieran incluido en los convenios celebrados por los Estados miembros, aunque formalmente resolvería el problema de la incompatibilidad con el Derecho comunitario, no hubiera resuelto el problema de fondo, esto es, que el

¹¹¹⁷ “If the European Court of Justice concludes that Ireland cannot enter into a similar provision with the United States, or Luxembourg cannot enter into a similar provision with the United States, the United States would say, well, fine, we will not bother to go this bilateral route, we will do it unilaterally. And all of the efforts will have been wasted”. Las palabras de MORRISON están recogidas en el trabajo de WINANDY, J., “Limitations...”, *cit.*, p. 27.

convenio se aplique, ya que la legislación estadounidense hubiera adoptado *unilateralmente* normas similares¹¹¹⁸.

Por este motivo, se comprenden perfectamente las razones que han llevado a los Estados miembros a aceptar estas normas. En primer lugar, porque si no se hubieran establecido en una norma bilateral, como son los convenios, se hubieran adoptado *unilateralmente* por los EEUU¹¹¹⁹. En segundo lugar, porque mediante la inclusión de estas normas en los convenios, los Estados miembros han podido forzar en su negociación la adaptación de estas cláusulas a los presupuestos del Derecho comunitario. Aunque la adecuación del régimen de acceso al convenio establecido por las cláusulas de limitación de beneficios al Derecho comunitario no es plena, el resultado logrado es mucho más acorde con el mismo que el previsto, por ejemplo, en las normas del *branch tax* o en el Modelo EEUU de 1996. Es más, a través de la cláusula general de buena fe, puede que gran parte de los sujetos amparados por el Derecho comunitario que no cumplan ninguna de las cláusulas anteriores, puedan acceder al convenio. Aunque esta cláusula no resuelve el problema de la compatibilidad con el Derecho comunitario, al menos permite obtener la aplicación del convenio.

Por último, por lo que respecta a las puntualizaciones previas, hay que constatar que *el grado de acercamiento a los presupuestos del Derecho comunitario de los convenios celebrados con EEUU es desigual*. A ello ha contribuido el hecho de que los convenios se han celebrado en momentos distintos. Se puede apreciar que los convenios más recientes recogen con mayor amplitud el “fenómeno comunitario” en su articulado. La experiencia adquirida de convenios anteriores, especialmente a partir del convenio entre EEUU y los Países Bajos (1993), ha contribuido esencialmente a

¹¹¹⁸ Cfr. VAN UNNIK, D.; BOUDESTEIJN, M., “The New US-Dutch...”, *cit.*, p. 114.

¹¹¹⁹ Como certeramente han señalado VAN BRUNSCHOT, F.; VAN WEEGHEL, S., “Netherlands...”, *cit.*, p. 209, es positivo que se haya celebrado el convenio con EEUU, a pesar de la complejidad de las cláusulas de limitación de beneficios establecidas en el mismo, porque de lo contrario la norma convencional hubiera tenido que convivir con un sin fin de normas adoptadas unilateralmente por EEUU.

ello¹¹²⁰. No obstante, no hay que olvidar que también puede estar motivado este fenómeno por la propia "fuerza negociadora" que tenga cada Estado¹¹²¹.

Pues bien, teniendo en cuenta las precisiones anteriormente realizadas, corresponde ahora analizar cuáles son las consecuencias del posible incumplimiento. Para ello partiremos del siguiente supuesto, que es el que se planteará normalmente. Piénsese en una sociedad residente en un Estado miembro que obtienen rendimientos en EEUU. En este caso, el Estado de la fuente (EEUU) es un Estado que no pertenece a la Comunidad. El Estado de residencia, donde reside la sociedad, es un Estado comunitario.

La sociedad residente en la Comunidad reclamará la aplicación del convenio respecto a los rendimientos obtenidos en EEUU. En el caso de no cumplir ninguna de las cláusulas de limitación de beneficios, *la sociedad deberá solicitar a la Administración de EEUU* la aplicación del convenio (cláusula general de buena fe). Entre los motivos que podrá alegar en su solicitud, podrá esgrimir que se trata de una entidad protegida por alguna de las libertades comunitarias. Así, por ejemplo, una sociedad residente en España participada mayoritariamente por residentes en Francia, podría alegar que los partícipes ejercen, de conformidad con el TCE, la libertad comunitaria de establecimiento secundario. Los problemas se plantearán cuando el Estado tercero que actúa como Estado de la fuente deniegue la aplicación del convenio, a pesar de que el sujeto afectado actúe al amparo del Derecho comunitario.

Igualmente, desde el punto de vista del Estado de residencia, en virtud de la aplicación del convenio, el Estado que actúa como tal solamente autorizará la aplicación de las medidas previstas en el convenio para eliminar la doble imposición cuando no se cumplan ninguna de las cláusulas de limitación de beneficios. El sujeto afectado podrá solicitar, a través de la cláusula general de buena fe, la aplicación del

¹¹²⁰ También hay que tener cuenta, como señala RAVENTÓS CALVO, S., "El *treaty shopping*...", cit., p. 61, refiriéndose al convenio celebrado entre EEUU y España (1990), "que a pesar de que dicha cláusula [se refiere al art. 17] fue objeto de un concienzudo examen, *en aquel momento nadie se planteó su posible incompatibilidad con la legislación comunitaria*".

¹¹²¹ Quizás este argumento podría desecharse, toda vez que siendo la "fuerza negociadora" de Alemania muy importante, el convenio celebrado con EEUU es uno de los más restrictivos. No obstante, no hay que olvidar que se celebró en 1989.

convenio alegando, entre otros motivos, que está protegido por el Derecho comunitario. Igualmente, los problemas de Derecho comunitario se plantearán cuando se denieguen las medidas referidas, incluso cuando el sujeto esté efectivamente protegido por el Derecho comunitario.

En el primer caso, cuando la relación se produce con el Estado de la fuente, difícilmente puede encontrarse una solución, ya que al tratarse de un Estado tercero no pueden exigirse que, en virtud de las obligaciones del Derecho comunitario, se aplique el convenio. Así lo han entendido los autores que han comentado la sentencia del TJCE *Saint-Gobain*. Este pronunciamiento, como hemos señalado más atrás, se refiere a un establecimiento permanente situado en un Estado comunitario que reclama la aplicación de las medidas para evitar la doble imposición previstas en el convenio que ha celebrado con un Estado tercero. La doctrina, al plantearse si el establecimiento permanente puede reclamar, en virtud de ese mismo convenio, las medidas previstas para la tributación en el Estado de la fuente, se ha pronunciado en sentido negativo. Aunque las libertades comunitarias tengan efecto directo, el mismo no se proyecta sobre los Estados no comunitarios. Tampoco, como veremos posteriormente con más detalle, puede exigirse al Estado tercero que repare los daños provocados por la no aplicación del convenio en la fuente, en virtud de la doctrina desarrollada por el TJCE en materia de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario a partir de la sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich*, C-9/90. La responsabilidad por infracción del Derecho comunitario sólo es exigible a los Estados miembros¹¹²².

¹¹²² La existencia de este principio –la obligación de los Estados miembros de reparar los daños causados cuando incumplen el Derecho comunitario–, como señala el TJCE en la sentencia *Francovich*, es inherente al sistema del TCE. Encuentra su fundamento en dos principios. En primer lugar, en el de plena eficacia del Derecho Comunitario. Este principio se vería cuestionado, y la protección de los derechos que reconoce se vería debilitada, si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho Comunitario imputable al Estado miembro. El otro principio es el de lealtad comunitaria, que tiene su fundamento en el art. 10 del TCE. En virtud del mismo, los Estados miembros tienen la obligación de tomar todas las medidas generales o particulares necesarias con el fin de asegurar la ejecución de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario y se abstendrán de todas aquellas medidas que pueden poner en peligro la realización de los fines del Tratado. Cuando ese deber se incumple, se deriva del mismo también la obligación de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario. Cfr. ALONSO GARCÍA, R., *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Civitas-Fundación Universidad Empresa, 1997, Madrid, p. 20.

Sin embargo, la cuestión es claramente distinta cuando nos enfrentamos ante el Estado de residencia de la entidad, toda vez que en este caso se trata de un Estado comunitario. En principio, aplicando a este supuesto las consideraciones de la sentencia Saint-Gobain, a pesar de que el contexto de este pronunciamiento no sea el mismo, el Estado de residencia tendría la obligación de aplicar las medidas para eliminar la doble imposición¹¹²³. Y ello, a pesar de que no se cumpla ninguna de las cláusulas del convenio o que no se autorice su aplicación en virtud de la cláusula general de buena fe, siempre y cuando el sujeto implicado esté protegido por las libertades comunitarias¹¹²⁴. El Estado de residencia, al denegar la aplicación de las medidas para eliminar la doble imposición establecidas en el convenio, estaría restringiendo el alcance de las libertades comunitarias.

El problema, sin embargo, no se resuelve simplemente con la aplicación de las medidas para eliminar la doble imposición previstas en el convenio. En principio, el Estado de residencia solamente tendría la obligación de aplicar esas medidas en la extensión permitida por el convenio. Así, por ejemplo, si el convenio con EEUU establece un método de imputación ordinaria para eliminar la doble imposición en materia de cánones y el convenio autoriza al Estado de la fuente a exigir un gravamen máximo del cinco por ciento de su importe bruto, el Estado de residencia solamente tendría la obligación de permitir una deducción por dicho montante y no por todo el impuesto sufrido en la fuente¹¹²⁵. Es probable que, al no haberse aplicado los límites del convenio en el Estado de la fuente, el tributo exigido en ese Estado de la fuente sea mayor. Igualmente, si el convenio establece un método de exención para eliminar la doble imposición, el Estado de residencia solamente tendrá que permitir dicha

¹¹²³ Cfr. KEMMEREN, E., "The Netherlands", *cit.*, p. 149.

¹¹²⁴ Como parece lógico, es improbable que el Estado de residencia vaya a resolver favorablemente, en aplicación de la cláusula general de buena fe, si previamente el Estado de la fuente denegó, a través de la misma cláusula, la aplicación del convenio.

¹¹²⁵ Incluso cuando se permita deducir todo el impuesto sufrido en la fuente, aunque supere el permitido por el convenio, tampoco se resolvería el problema. Piénsese en el caso de que el método utilizado para eliminar la doble imposición sea el de imputación ordinaria. Incluso cuando el método utilizado es el de imputación íntegra, solamente se resolvería el problema si, a pesar de haberse agotado la cuota sobre la que se aplica la deducción, el Estado de residencia tiene la obligación de practicar una devolución de impuestos. Ahora bien, téngase en cuenta que esa obligación de devolución solamente se extendería hasta la cuantía necesaria para que la situación del sujeto afectado se correspondiese con un sujeto que obtiene la aplicación del convenio en el Estado de la fuente.

exención, pero no debería tener responsabilidad alguna por el mayor impuesto sufrido en el Estado de la fuente, como consecuencia de no haberse aplicado el convenio.

*La cuestión que hay que dilucidar, en el fondo, es si el Estado comunitario, como Estado de residencia, tiene la obligación de devolver al sujeto afectado a la situación en la que se hubiera encontrado de haberse aplicado el convenio*¹¹²⁶. Piénsese en el siguiente supuesto. El convenio con EEUU autoriza al Estado de la fuente a exigir un gravamen máximo del cinco por ciento respecto a los dividendos. Correlativamente el Estado de residencia debe eliminar la doble imposición a través del método de exención. Aunque el Estado de residencia aplique el convenio, la situación no será la misma si comparamos un sujeto que ha obtenido la protección del convenio en la fuente con uno que no ha corrido la misma suerte. El rendimiento del segundo, en ese caso, habrá sufrido un gravamen en la fuente seis veces mayor que el primero. Uno ha tributado por el cinco por ciento y el otro por el treinta por ciento, que es el gravamen establecido por la legislación estadounidense¹¹²⁷. ¿Tiene la obligación el Estado de residencia de devolver la diferencia?

Esta pregunta nos traslada, como ya hemos apuntado, al problema de la responsabilidad de los Estados comunitarios por el incumplimiento del Derecho comunitario.

Nótese, en primer lugar, que el hecho de que se haya producido un incumplimiento, desde el punto de vista institucional, podría resultar exclusivamente en el inicio de un procedimiento por incumplimiento por parte de la Comisión en virtud del art. 226 del TCE¹¹²⁸. El inicio de este procedimiento puede dar lugar, en última instancia, a un pronunciamiento por el TJCE de una sentencia *condenatoria*. Esta sentencia, sin embargo, no afectará a la validez del acuerdo ni a su exigibilidad

¹¹²⁶ Cfr. ESSERS, P., en IFA, *Abusive Application...*, cit., pp. 61 y 62.

¹¹²⁷ Cfr. TERRA, P.; WATTEL, P., *European...*, cit., pp. 69 y 70.

¹¹²⁸ Si la Comisión concluye que se ha producido el incumplimiento, el Estado afectado podrá recurrir esa decisión ante el TJCE. El art. 227 del TCE prevé también que cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia, si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del TCE. Es improbable que ello ocurra en esta materia, habida cuenta que todos los Estados miembros, salvo Grecia, son potenciales incumplidores. Dicho en términos vulgares, sería como tirar piedras contra el propio tejado.

por el Estado tercero desde el punto de vista del Derecho internacional. Asimismo, el Estado miembro estará obligado, en virtud del art. 228 del TCE, "a adoptar todas las medidas necesarias para ejecutar la sentencia, debiendo al efecto valerse de todos los medios que el Derecho Internacional pone a su alcance para desligarse del acuerdo. Su denuncia en los términos que le permite el Derecho internacional será, en último extremo, la solución"¹¹²⁹.

Esta no parece ser la solución al problema. Los particulares no tienen legitimación para iniciar un procedimiento de incumplimiento¹¹³⁰. Incluso cuando la tuvieran, tampoco verían modificada su situación, toda vez que la sentencia condenatoria, *per se*, no otorga el derecho a que se repare el daño causado, esto es, *que se devuelva al particular a la misma situación que hubiera experimentado de haberse aplicado el convenio*. Es más, como consecuencia de la sentencia condenatoria, el Estado miembro afectado tendría la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para desligarse del acuerdo, lo cuál, produciría un perjuicio mayor, si nos situamos en la posición de los sujetos que sí tienen derecho a la aplicación del convenio¹¹³¹.

Pues bien, ante esta situación, la única vía de resolución del problema consistiría en determinar si en estos supuestos de incumplimiento el Estado de residencia, que es el Estado comunitario, tiene la obligación de reparar el daño causado. Para ello debemos examinar qué requisitos deben producirse para que una

¹¹²⁹ DÍEZ-HOCHLEITNER, J., *La posición...*, cit., p. 147. No obstante, no hay que olvidar que la situación es distinta cuando se trata de un convenio anterior a la fecha de entrada en vigor del TCE o de la adhesión del Estado correspondiente, cuando ésta se haya producido con posterioridad a la entrada en vigor del TCE. En estos casos, solamente existía la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para "resolver el problema comunitario".

¹¹³⁰ Como ha señalado PÉREZ GONZÁLEZ, C., *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento de Derecho comunitario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p. 38, los particulares no pueden invocar directamente la jurisdicción del TJCE cuando se trata de iniciar una acción de incumplimiento. Sólo la Comisión y los Estados están legitimados. Las posibilidades del particular de intervenir en este procedimiento se limitan a presentar una queja en la Oficina de la Comisión. DOYLE, H., "Is Article 26...", cit., p. 20, da noticia de una queja presentada por una empresa francesa solicitando a la Comisión que inicie un procedimiento por incumplimiento contra Alemania como consecuencia de la posible incompatibilidad del art. 28 del convenio entre EEUU y Alemania. Ese artículo es el que regula las cláusulas de limitación de beneficios. No tenemos noticia de que la Comisión haya iniciado procedimiento alguno.

¹¹³¹ Cfr. TROUP, E., "Of Limited Benefit...", cit., p. 104, HINNEKENS, L., "Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law - Applications of the Rules", cit., p. 228 y DOYLE, H., "Is Article 26...", cit., p. 20.

infracción del Derecho comunitario genere responsabilidad del Estado miembro¹¹³². En este sentido hay que tener presente "que la infracción sin más [no desemboca] de manera automática en la responsabilidad el Estado infractor"¹¹³³.

Como han señalado Díez-Hochleitner y Martínez Capdevila, la exigibilidad de la reparación no se encuentra condicionada al pronunciamiento previo por el TJCE de una sentencia por incumplimiento¹¹³⁴. Basta que dicho incumplimiento se produzca y que concurren los requisitos establecidos por la jurisprudencia del TJCE. Esos requisitos son los siguientes: la norma comunitaria infringida ha de conferir derechos a los particulares (siendo indiferente que goce o no de eficacia directa); la violación, debida a la acción o la omisión de cualquiera de los órganos del Estado, *debe ser suficientemente caracterizada*; y ha de existir una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas¹¹³⁵.

¹¹³² La primera sentencia del TJCE que establece la obligación de reparar por las infracciones del Derecho comunitario imputables a los Estados miembros es la sentencia *Francovich*. Posteriormente, se han producido otros pronunciamientos que han ido delimitando las condiciones sustantivas de la responsabilidad. Entre ellas destacamos las siguientes: sentencia de 16 de diciembre de 1993, *Wagner Miret*, C-334/92, sentencia de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur*, C-46/93 y C-48/93, sentencia de 26 de marzo de 1996, *British Telecommunications*, C-392/93, sentencia de 23 de mayo de 1996, *Lomas Ltd*, C-5/94, sentencia de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer*, C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a 190/94 y sentencia de 17 de diciembre de 1996, *Dekavit*, C-283/94, 291/94 y 292/94. A este respecto, la sentencia *Dillenkofer* tiene una importancia especial porque aclara alguna de las dudas que habían planteado pronunciamientos anteriores, especialmente la sentencia *Brasserie du pêcheur*, acerca de uno de los requisitos que deben producirse para que exista responsabilidad, esto es, cómo debe ser la infracción del Derecho comunitario. Para el TJCE solamente las violaciones del Derecho comunitario "suficientemente caracterizadas" darán lugar a responsabilidad. Por otro lado, hay que señalar, siguiendo a Díez-Hochleitner Rodríguez, J.; Martínez Capdevila, C., *Derecho de la Unión Europea: textos y comentarios*, McGraw-Hill, Madrid, 2001, p. 321, que los requisitos establecidos por el TJCE tienen el valor de estándar mínimo, es decir, operan en la medida que la legislación interna del Estado en cuestión no establezca medidas más favorables para los ciudadanos en orden al reconocimiento de la responsabilidad de los poderes públicos nacionales. Sobre esta cuestión, además de las consideraciones que realizaremos a continuación, véanse Barav, A., "State Liability in Damages for Breach of Community Law in the National Courts", *Yearbook of European Law*, vol. 16, 1996, pp. 87 a 128, Fernández García, L.; Serrano Sordo, T., "Responsabilidad Patrimonial de los Estados Miembros por incumplimiento del Derecho Comunitario", *NUE*, núm. 156, 1998, pp. 91 a 117, Alonso García, R., *La responsabilidad...*, cit. y Pérez González, C., *Responsabilidad del Estado...*, cit.

¹¹³³ Alonso García, R., *La responsabilidad...*, cit., pp. 71 y 72.

¹¹³⁴ Díez-Hochleitner Rodríguez, J.; Martínez Capdevila, C., *Derecho...*, cit., p. 321.

¹¹³⁵ Cfr. Díez-Hochleitner Rodríguez, J.; Martínez Capdevila, C., *Derecho...*, cit., p. 321.

La primera cuestión controvertida consiste en determinar si en este supuesto el Derecho comunitario concede un derecho a los sujetos afectados. En principio, la reducción de la tributación en el Estado de la fuente deriva del convenio. En el supuesto de que no se hubiera celebrado el convenio, los particulares no tendrían derecho a reducción alguna en el Estado de la fuente. Lo mismo sucede cuando el convenio se ha celebrado entre Estados comunitarios. La reducción de la tributación por obligación real surge del convenio, sin que pueda derivarse del Derecho comunitario.

Los únicos derechos que atribuye el ordenamiento comunitario se corresponden con los derechos derivados del ejercicio de las libertades comunitarias. Los Estados miembros tienen la obligación de respetar el ejercicio de dichas libertades y por ello tienen prohibido la adopción de aquellas medidas que supongan un obstáculo a su ejercicio. Las cláusulas de limitación de beneficios, como hemos analizado, suponen un obstáculo a dichas libertades, desde el momento en que estas cláusulas no permiten el acceso al convenio a determinados sujetos protegidos por el Derecho comunitario. Es más, en la mayoría de los casos, los sujetos que quedan excluidos son precisamente los que ejercen efectivamente estas libertades. Desde este punto de vista, podría fundamentarse la existencia de un derecho. Cuando existe una norma, en este caso el convenio, que otorga un trato discriminatorio, en función de que se trate de sujetos que ejercen, o no, las libertades comunitarias, los sujetos afectados deben resarcir a los sujetos afectados porque se ha incumplido la obligación de no crear obstáculos a las libertades comunitarias, y en consecuencia el derecho a ser tratado como si fuera un nacional. Nótese que los sujetos que normalmente cumplen las cláusulas de limitación de beneficios, son aquellos que no ejercen las libertades comunitarias. Piénsese en una sociedad que cotiza en un mercado secundario situado en el Estado donde reside o una sociedad participada íntegramente por personas físicas residentes en el mismo Estado.

También podemos encontrar en la sentencia *Saint-Gobain* argumentos para justificar atribución de un derecho. La consecuencia que se deriva de esta sentencia es la obligación del Estado de residencia de aplicar las medidas para eliminar la doble

imposición de un convenio celebrado con un Estado tercero a los establecimientos permanentes situados en su territorio¹¹³⁶. Esas medidas no surgen del Derecho comunitario, sino del convenio. La obligación de aplicarlas también a los establecimientos permanentes se deriva de la obligación de no adoptar medidas que restrinjan el establecimiento en ese Estado de sujetos que ejercen las libertades comunitarias. En nuestro caso, sin embargo, la sola aplicación de las medidas para evitar la doble imposición no resuelve el problema originado por la medida contraria al Derecho comunitario. Es necesario que, además, se resarza el perjuicio sufrido en el Estado de la fuente. En este sentido, podría derivarse la existencia de la atribución de un derecho, aunque hay que reconocer que encuentra algunas dificultades.

Si se admite que se atribuye un derecho, consideramos que no hay problemas para admitir que existe un nexo causal entre la infracción y el daño. El daño se produce por la no aplicación del convenio en el Estado de la fuente, precisamente porque los criterios de acceso establecidos por las cláusulas de limitación de beneficios son contrarios al Derecho comunitario¹¹³⁷.

Finalmente, el requisito que plantea más dudas acerca de su cumplimiento es el que se refiere a la naturaleza de la infracción, es decir, que se trate de una violación suficientemente caracterizada. La infracción tendrá esa naturaleza cuando un Estado

¹¹³⁶ De la sentencia *Verkooijen*, aunque no se refiere a la aplicación de un convenio con un Estado tercero, podría derivarse la atribución de un derecho, interpretando *sensu contrario* el pronunciamiento del TJCE. El Tribunal señala que es contraria a la libertad de circulación de capitales una norma nacional que sólo concede una exención a las personas físicas por los dividendos percibidos cuando las participaciones de las que proceden esos dividendos son de sociedades residentes en el mismo Estado. Del pronunciamiento se deriva la necesidad, en virtud de dicha libertad comunitaria, de conceder también la exención cuando se trata de una sociedad residente en otro Estado miembro. Lo mismo sucede en la sentencia *Baars*, aunque aquí respecto a la exención de las participaciones de sociedades residentes en el impuesto sobre el patrimonio.

¹¹³⁷ Como ha señalado ALONSO GARCÍA, R., *La responsabilidad...*, cit., p. 102, la sentencia *Braserie du pêcheur* establece que para fijar la cuantía material de la reparación puede comprobarse "si el perjudicado ha actuado con una diligencia razonable para evitar el perjuicio o reducir su importancia, y, si, en especial, ha ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en Derecho le correspondían" trayendo al efecto a colación el "principio general común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros" conforme al cual "la persona perjudicada debe dar pruebas de que ha adoptado una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio, si no quiere correr el riesgo de tener que soportar el daño ella sola". Por lo que respecta al objeto de nuestro estudio, como parece obvio, la diligencia razonable exigible al sujeto se concretaría en el hecho de que haya solicitado la aplicación del convenio en virtud de la cláusula general de buena fe.

miembro vulnera de manera manifiesta y grave los límites impuestos a su facultad de apreciación a la hora de aplicar la norma comunitaria.

El TJCE ha identificado dos supuestos en que la violación del Derecho comunitario debe considerarse suficientemente caracterizada. En primer lugar, según estableció en la sentencia *Braserie du pêcheur*, cuando el incumplimiento haya perdurado a pesar de la existencia de una sentencia del TJCE declarando tal incumplimiento, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del TJCE en la materia de las que resulta el carácter de infracción del comportamiento controvertido. En segundo lugar, en la sentencia *Dillenkofer* se consideró que la falta de trasposición de una directiva consiste en una violación del tal carácter¹¹³⁸.

Fuera de estos dos pronunciamientos, el TJCE estableció en la sentencia *Braserie du pêcheur* los siguientes criterios para determinar si en un caso determinado la violación imputable a un Estado miembro puede recibir la calificación de "suficientemente caracterizada": el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada¹¹³⁹, la amplitud de margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias¹¹⁴⁰, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho y la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una Institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho comunitario.

¹¹³⁸ Cfr. DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.; MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *Derecho...*, cit., p. 321.

¹¹³⁹ En la sentencia *British Telecommunications*, negó que existiese una violación suficientemente caracterizada porque el precepto comunitario incumplido por el Reino Unido era impreciso y admitía, además de la interpretación dada por el TJCE en esa sentencia, la interpretación que de él había hecho aquel Estado. Cfr. DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.; MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *Derecho...*, cit., p. 322. Sobre la base del mismo argumento, la ausencia de claridad y precisión del Derecho comunitario, el TJCE negó el cumplimiento de este requisito en la sentencia *Denkavit*. Este caso se refiere a la aplicación de la directiva matriz/filial, y en particular a la interpretación del momento en que se debe producir el período de tenencia de la participación para beneficiarse de la exención en el Estado de la fuente que establece dicha directiva. En este sentido, cabe reseñar que todos los Estados habían interpretado la directiva en la legislación interna que la transponía, en el mismo sentido que el Estado afectado directamente por esta sentencia (Alemania).

¹¹⁴⁰ En la sentencia *Lomas* el TJCE estableció que cuando el margen sea considerablemente reducido la mera infracción del Derecho comunitario puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada. Cfr. DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.; MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *Derecho...*, cit., p. 322.

Teniendo en cuenta estos criterios, como ha señalado la doctrina, difícilmente puede concluirse que existe una violación suficientemente caracterizada en el supuesto de las cláusulas de limitación de beneficios¹¹⁴¹. Este supuesto no puede subsumirse en ninguno de los dos pronunciamientos donde el TJCE afirma la existencia de una violación suficientemente caracterizada. No se trata de un caso en que no se procede a la ejecución de una directiva, ni tampoco existe pronunciamiento alguno del TJCE declarando la incompatibilidad de estas cláusulas. Es más, la Comisión nunca ha iniciado un procedimiento por incumplimiento en esta materia, a pesar de que existe un importante caudal doctrinal afirmando la incompatibilidad y de que el propio informe *Ruding* advierta señale que estas normas pueden ser contrarias al Derecho comunitario¹¹⁴².

Tampoco puede concluirse que las libertades infringidas establezcan obligaciones claras y precisas en esta materia. El Derecho comunitario no impone a los Estados miembros corregir las discriminaciones realizadas por Estados terceros. El efecto producido por las cláusulas de limitación de beneficios ya existía con anterioridad. Los convenios celebrados por Estados comunitarios anteriores a los que han sido objeto de estudio, resultaban afectados por las normas unilaterales establecidas por EEUU en su normativa sobre el *branch tax*.

Asimismo, aunque pueda deducirse que el Derecho comunitario establece obligaciones claras y precisas en esta materia, este criterio hay que valorarlo a la luz del resto de criterios establecidos por el TJCE. Como hemos señalado, también hay que tener en cuenta el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado¹¹⁴³. En este caso, no puede considerarse que los Estados miembros hayan cometido esta infracción intencionadamente. Los Estados miembros se han visto

¹¹⁴¹ Cfr. TERRA, B.; WATTEL, P., *European...*, cit., pp. 69 y 70 y PRECHAL, S., "EC Law: The Framework", en ESSERS, P.; DE BONT, G.; KEMMEREN, E. (Coords.), *The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax Treaties with EC Law*, cit., p. 15.

¹¹⁴² Cfr. KEMMEREN, E., "The Netherlands", cit., p. 148. Este autor considera que si el TJCE no ha calificado en su sentencia *Denkavit* la incorrecta trasposición de la directiva en materia de matrices y filiales como una violación suficientemente caracterizada, tampoco podría calificarse como tal las cláusulas de limitación de beneficios. En su opinión, respecto a estas cláusulas, la cuestión sobre la incompatibilidad es menos clara que en el supuesto resuelto por dicha sentencia. Además, al igual que en ese caso, todos los convenios con EEUU contienen cláusulas de limitación de beneficios.

¹¹⁴³ Cfr. ALONSO GARCÍA, R., *La responsabilidad...*, cit., p. 79.

obligados, como dijimos más atrás, a aceptar estas cláusulas, porque de lo contrario, o no se hubiera celebrado el convenio, o se hubieran adoptado unilateralmente por EEUU.

Uno de los principios del sistema de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario articulado por el TJCE es el principio de lealtad comunitaria establecido en el art. 10 del TCE. En este caso no puede entenderse incumplido este principio por el hecho de que las cláusulas de limitación de beneficios sean contrarias al Derecho comunitario. Por el contrario, puede afirmarse que los Estados miembros han cumplido ese deber, toda vez que a la hora de negociar estos convenios han forzado todo lo posible la negociación con el fin de que las cláusulas de limitación de beneficios recojan, con la mayor amplitud posible, "el fenómeno comunitario". Desde este punto de vista, no puede entenderse que los Estados miembros hayan incumplido el segundo párrafo del art. 10 del TCE, -"Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines" del TCE-. Las medidas que estamos analizando no se han adoptado, en primera instancia, por los Estados miembros, por lo que no sería aplicable esta parte del precepto. Antes bien, los Estados miembros han cumplido el deber impuesto por el primer párrafo del art. 10 -"Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado"- Eso es justamente lo que ha sucedido. En cumplimiento del deber de lealtad comunitaria, los Estados miembros han intentado corregir los efectos contrarios al Derecho comunitario producidos por la política unilateral y bilateral estadounidense, mediante la configuración de unas cláusulas de limitación de beneficios que permitan en mejor medida "asegurar el cumplimiento" de las libertades comunitarias. Aunque las normas que finalmente se plasman en los convenios no son compatibles, en todos los casos, con el Derecho comunitario, no puede considerarse que se ha incumplido el principio de lealtad comunitaria del art. 10 del TCE¹¹⁴⁴.

III.B.- En los convenios celebrados entre Estados comunitarios

¹¹⁴⁴ Cfr. VAN UNNIK, D.; BOUDESTEIJN, M., "The New US-Dutch...", *cit.*, pp. 114 y 115 y HINNEKENS, L., "Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law - Applications of the Rules", *cit.*, p. 229.

Cuando los dos Estados parte que forman el convenio son Estados comunitarios, no se plantean los problemas que en el supuesto anterior. Ambos Estados están sujetos por las obligaciones derivadas del Derecho comunitario.

En este supuesto, cada Estado, tanto el que actúa como Estado de la fuente como el que actúa como Estado de residencia, debe coadyuvar a la reparación del daño causado a un sujeto protegido por el Derecho comunitario cuyo acceso al convenio se ha excluido. A diferencia de lo que sucede en el apartado anterior, el hecho de que no se aplique el convenio en el Estado de la fuente debe resolverse directamente, sin necesidad de acudir al régimen de la responsabilidad por infracción del Derecho comunitario. Así, el Estado de la fuente deberá aplicar los límites que prevé el convenio para la tributación por obligación real.

III.C.- La resolución de los problemas de la incompatibilidad de los convenios con Estados terceros: hacia una intervención de las Instituciones comunitarias

Las conclusiones a las que hemos llegado, por lo que refieren a los convenios con EEUU, son claramente desalentadoras. Las cláusulas de limitación de beneficios pueden privar de la protección del convenio a determinados sujetos amparados por el Derecho comunitario. Respecto a la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición en el Estado de residencia, podría admitirse que el Derecho comunitario impone su aplicación. Sin embargo, lo anterior no resuelve todos los problemas que plantea el hecho de que el convenio no se aplique en el Estado de la fuente. El Estado de residencia, a la vista de los criterios sustantivos del régimen de la responsabilidad de los Estados por infracción del Derecho comunitario, no tiene obligación de indemnizar al sujeto afectado por la no aplicación del convenio en el Estado de la fuente.

Ante esta situación, su resolución solamente puede articularse a través de propuestas de *lege ferenda*. Como ha afirmado la doctrina, esta situación solamente puede resolverse a través de una acción de las Instituciones comunitarias¹¹⁴⁵. Se ha podido comprobar cómo la negociación separada de los convenios con EEUU no es

¹¹⁴⁵ Cfr. EILERS, S.; WATKINS, M., "Article 28...", *cit.*, p. 20 y VAN UNNIK, D.; BOUDESTEIJN, M., "The New US-Dutch...", *cit.*, p. 115.

suficiente para resolver este problema. Las cláusulas de limitación de beneficios, incluso en su versión más amplia en los convenios analizados (Dinamarca, Francia, Luxemburgo, Irlanda, Países Bajos y Reino Unido), no comprenden todos los “supuestos comunitarios”. Tampoco la cláusula general de buena fe, tanto desde un punto de vista formal y material, resuelve esta cuestión.

Ante esta situación, una “acción comunitaria” parece ser la única que podría resolver esta cuestión. La necesidad de que la misma se produzca, se hace más imperiosa cuando la revisión de los Comentarios al art. 1 del Modelo OCDE prevista para el año 2002 (nuevo párrafo 20), hace suya la política estadounidense, esto es, se propone un sistema general de cláusulas de limitación de beneficios similar al previsto en el Modelo EEUU de 1996. No obstante, hay que reparar que los Comentarios reconocen que estas cláusulas podrán sufrir adaptaciones y modificaciones en función de los Estados que celebren el convenio.

En este estado de cosas, la acción comunitaria debe dirigirse a introducir plenamente las exigencias del Derecho comunitario en dichas cláusulas. No parece que una posición diferente vaya a ser posible, esto es, la oposición a la existencia de estas cláusulas en el régimen de acceso al convenio, habida cuenta que a raíz de la próxima revisión de los Comentarios al Modelo OCDE, estas cláusulas genuinamente estadounidenses van a recibir el apoyo de esta organización internacional de la que todos los Estados miembros de la UE son miembros. Es más, la propia Comunidad pertenece a esta organización, aunque sin derecho a voto¹¹⁴⁶.

¹¹⁴⁶ En este sentido son significativas las consideraciones realizadas por la Comisión en su Comunicación de 23 de mayo de 2001, “Política fiscal en la Unión Europea – Prioridades para los próximos años”, *cit.*, p. 16, “La Comunidad tiene un estatuto especial en la OCDE, como miembro de pleno derecho pero sin derecho de voto y, como tal, la Comisión representa los intereses de toda la Comunidad. Sin embargo, los Estados miembros no suelen intercambiar opiniones sobre las cuestiones fiscales que se discuten en la OCDE antes de adoptar una posición lo que, a veces, da lugar a resultados poco satisfactorios pues la Comunidad no puede adoptar una posición coherente ni explotar todas sus posibilidades, a pesar de tener un interés común. En opinión de la Comisión, por lo tanto, habría que explorar si se pueden fijar posturas coordinadas entre todos los Estados miembros en los debates de la OCDE sobre tributación sin cambiar el marco institucional, ni siquiera los derechos de voto de los Estados miembros. Esta manera de proceder sería conveniente dado que la legislación comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo afectará inevitablemente a cualquier posición que puedan adoptar los Estados miembros”. La propuesta de la Comisión debería materializarse si se quiere que “la acción comunitaria” tenga algún reflejo en el Modelo de convenio de la OCDE o en sus Comentarios. Tendría mucho sentido la inclusión de una propuesta de cláusulas de limitación de

Existen varias propuestas acerca de cómo debe concretarse la “acción comunitaria”. Las propuestas formuladas no solamente se han originado por el problema que plantean las cláusulas de limitación de beneficios en cuanto al acceso al convenio, sino también por otras razones. Entre esas propuestas cabe destacar la celebración de un convenio multilateral entre los Estados miembros, lo que significaría que la negociación con terceros Estados de convenios se atribuiría, de algún modo, a las Instituciones comunitarias¹¹⁴⁷. En segundo lugar, se encuentra la propuesta, formulada no solamente por parte de la doctrina¹¹⁴⁸, sino también por parte de la Comisión en su Comunicación de 23 de octubre de 2001, consistente en la existencia de un Modelo de convenio de la Unión europea¹¹⁴⁹.

Ambas iniciativas, aunque con diferente intensidad, tienen un efecto importante sobre la competencia exclusiva de los Estados miembros para celebrar convenios para evitar la doble imposición¹¹⁵⁰. Dada esta situación, y como ha sucedido en otros casos, es difícil que los Estados miembros renuncien a esta competencia, teniendo en cuenta, además, que en principio el hecho de que las cláusulas de limitación de beneficios

beneficios que recogiera la circunstancia de que determinados Estados pertenecen a organizaciones internacionales como la Unión Europea.

¹¹⁴⁷ Sobre cómo debería articularse un convenio multilateral nos remitimos a la siguiente obra LANG, M., *et al.*, *Multilateral Tax Treaties*, Kluwer, Londres, 1998.

¹¹⁴⁸ Cfr. BECKER, H.; THÖMMES, O., “Treaty Shopping...”, *cit.*, p. 176, HINNEKENS, L., “Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law – Applications of the Rules”, *cit.*, p. 230 y PISTONE, P., en IFA, *Abusive Application...*, *cit.*, pp. 78 a 80. La propuesta de PISTONE es interesante, entre otros aspectos, porque prevé que se introduzca en el Modelo de la UE una norma general contra el fraude a la ley tributaria. Esta norma establecería un concepto uniforme de fraude a la ley tributaria comunitario.

¹¹⁴⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo, el Parlamento Europeo y el Comité Económico-Social de 23 de octubre de 2001, titulado “Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales. Una estrategia destinada a dotar a las empresas de una base imponible consolidada del impuesto sobre sociedades para sus actividades a escala comunitaria”, *cit.*, p. 24. Conviene señalar que en el anexo a esta Comunicación (párrafo núm. 62), se indica que “los actuales convenios fiscales de los Estados miembros se podrían mejorar para que respetaran los principios del Mercado Interior, en particular en lo que se refiere al acceso a los beneficios de los convenios”.

¹¹⁵⁰ Asimismo, consideramos que ambas iniciativas estarían perfectamente justificadas desde el punto de vista del principio de subsidiariedad establecido en el art. 5 del TCE. Este principio, como es sabido, condiciona el ejercicio de las competencias de las Instituciones comunitarias. En los ámbitos que no sean de competencia exclusiva de la Comunidad, las Instituciones comunitarias sólo podrán actuar “en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario”. En nuestro caso, se ha podido comprobar que los Estados miembros, individualmente, no han podido resolver el déficit comunitario de las cláusulas de limitación de beneficios. Por este motivo, podría estar justificada la actuación comunitaria.

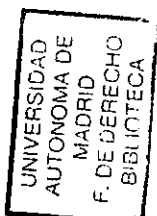
puedan ser contrarias al Derecho comunitario, no determina responsabilidad alguna respecto a los sujetos afectados, toda vez que no se cumplen los requisitos expuestos más atrás. Así, por ejemplo, solamente una sentencia del TJCE declarando el incumplimiento de las obligaciones del Tratado por parte de las cláusulas de limitación de beneficios, forzaría a los Estados a ceder competencias. Téngase en cuenta que cuando existe una sentencia condenatoria del TJCE en la materia, puede derivarse con más facilidad el cumplimiento del requisito de la "violación suficientemente caracterizada".

En cualquier caso, esas dos "acciones" deben configurar el ámbito subjetivo del convenio de conformidad con las exigencias del Derecho comunitario¹¹⁵¹. En este sentido, aunque la competencia para negociar con terceros Estados no se atribuya a las Instituciones comunitarias, el mero hecho de que los Estados, cuando negocian, esgriman la existencia de ese Modelo de convenio UE, puede ser un elemento importante en la negociación, para adecuar el régimen de las cláusulas de limitación de beneficios a los presupuestos del Derecho comunitario.

También deberían alegar los Estados, que en el seno de la Comunidad se han adoptado medidas para evitar los regímenes fiscales perniciosos, bajo la aplicación del Código de Conducta y el régimen de las ayudas de Estado. Aunque estas medidas no se refieren a los presupuestos sobre los que operan las cláusulas de limitación de beneficios, pueden incidir significativamente sobre la utilización de Estados comunitarios como Estados intermedios. Como hemos visto, para que las estructuras *treaty shopping* puedan llevarse a cabo, es necesario que el Estado intermedio contemple un régimen fiscal idóneo para eliminar o reducir significativamente la tributación que se produce en el Estado intermedio. La existencia de estas actuaciones comunitarias dificulta la utilización de los Estados comunitarios para canalizar estructuras *treaty shopping*. Por este motivo, lo anterior constituye un buen argumento para forzar que las cláusulas de limitación de beneficios que, en su caso se establezcan, se adecuen al Derecho comunitario¹¹⁵².

¹¹⁵¹ Cfr. AVÉRY JONES, J., "Flows of capital...", *cit.*, p. 103.

¹¹⁵² Esta acción comunitaria, de alguna manera, también debería incidir sobre el régimen de las ayudas de Estado. Con el fin de que los regímenes fiscales privilegiados autorizados por la Comisión bajo el



IV.- Consideración final

La competencia para celebrar convenios de doble imposición corresponde a los Estados miembros. Esta competencia debe ejercerse respetando las exigencias del Derecho comunitario. Las cláusulas de limitación de beneficios, tal y como se han configurado, inciden negativamente sobre las libertades comunitarias, especialmente la libertad de establecimiento. El hecho de que exista una cláusula general de buena fe no resuelve formalmente el problema de la incompatibilidad, aunque puede permitir que, de hecho, se produzca la aplicación del convenio. Estas cláusulas no encuentran ninguna causa de justificación en el Derecho comunitario. No obstante, a pesar de la incompatibilidad, de ella no se derivan consecuencias significativas, toda vez que no se producen los requisitos para que el Estado incumplidor tenga la obligación de indemnizar el daño causado. Así las cosas, solamente una acción comunitaria, concretada a través de un convenio multilateral o la existencia de un modelo de convenio de la Comunidad, puede contribuir a que estas cláusulas no dejen fuera del convenio a sujetos protegidos por las libertades comunitarias.

régimen de las ayudas de Estado no sean objeto de exclusión (como sucede en el convenio con Portugal) en los convenios con Estados terceros, sería preciso también que la actuación comunitaria se dirigiera a evitar su exclusión. Dado que los regímenes autorizados están sometidos a un fuerte control por parte de la Comisión, es improbable que se utilicen para fines fraudulentos. *Cfr.* RÄDLER, A.; LAUSTERER, M.; BLUMENBERG, J., "Tax Abuse...", *cit.*, pp. 99 y 100.

CONCLUSIONES:

A continuación se explican las conclusiones del presente trabajo. Su exposición no puede realizarse mediante una formulación aislada, dada la complejidad de los problemas tratados. Por ello, lo que nos ha parecido más adecuado ha sido estructurarlas por temas y traer a colación los principales argumentos utilizados.

A) Los convenios de doble imposición y la planificación fiscal. Las estructuras *treaty shopping*

1.- La finalidad de los convenios para evitar la doble imposición es promover los intercambios de bienes y servicios y los movimientos de capitales mediante la eliminación de la doble imposición internacional. La doble imposición se elimina, básicamente, de dos formas. En primer lugar, atribuyendo al Estado de residencia o al Estado de la fuente la tributación en exclusiva del rendimiento. En segundo lugar, estableciendo un límite a la tributación en el Estado de la fuente. En estos casos, el Estado de residencia tiene la obligación de eliminar la doble imposición a través de un método de imputación o exención. El Modelo OCDE otorga preferencia al principio de residencia. Esta preferencia se materializa de la forma siguiente: cuando se atribuye a un Estado la tributación en exclusiva, normalmente se realiza al Estado de residencia; asimismo, cuando se autoriza al Estado de la fuente gravar el rendimiento obtenido en su Estado, se establece un techo de imposición. En estos casos, el gravamen autorizado al Estado de la fuente es más limitado que el establecido en otros Modelos como, por ejemplo, el Modelo de la ONU.

2.- Los efectos de los convenios con respecto a los límites impuestos al poder tributario de los Estados se perciben con mayor intensidad en la tributación en la fuente. Especialmente esos límites se encuentran en la tributación de una serie de rendimientos (dividendos, intereses y cánones). Con carácter general, los Estados, en calidad de Estado de residencia, han previsto medidas unilaterales para eliminar la doble imposición.

3.- Los convenios de doble imposición pueden ser útiles en operaciones de planificación fiscal internacional, especialmente si lo que se quiere reducir es la tributación en la fuente. Dada la configuración del Modelo OCDE, los rendimientos se atribuirán, con carácter general, a la entidad que los contabiliza. El Modelo OCDE parte del presupuesto de que las personas jurídicas son entidades separadas e independientes, incluso cuando se encuentran vinculadas en virtud de los criterios establecidos por el art. 9 del mismo Modelo. Esta situación determina que los convenios aplicables a una persona jurídica serán los que haya celebrado el Estado donde reside. Por lo tanto, bastará con situar la obtención del rendimiento en el Estado que haya celebrado el convenio con el Estado de la fuente que reduzca en mayor medida la tributación por obligación real. Para que el convenio sea aplicable es suficiente, según del Modelo OCDE, con tener la consideración de residente a los efectos del convenio en el Estado elegido, esto es, estar sujeto en ese Estado por la renta mundial obtenida. La utilización de personas jurídicas facilita sensiblemente estas operaciones, toda vez que, en muchas ocasiones, la mera constitución de una sociedad en un Estado determina también la sujeción por la renta mundial obtenida. Por lo tanto, una vez elegido el Estado *desde* el que se quiere obtener el rendimiento, bastará con crear allí una persona jurídica y atribuirle el rendimiento generado en la fuente, para que el mismo reciba la protección del convenio.

4.- Estas operaciones han recibido la denominación de estructuras *treaty shopping* y se insertan dentro de las distintas alternativas de la planificación fiscal internacional. No obstante, para que esta operación sea eficaz, es necesario, además, que el Estado desde el que se obtiene el rendimiento (Estado intermedio) no establezca un gravamen significativo sobre el mismo. Por lo tanto, para que estas operaciones logren sus objetivos, no sólo deben canalizarse través del Estado con los mejores convenios, sino también hay que tener en cuenta, a la hora de elegir el Estado que se quiere utilizar, aquél cuya legislación interna permita que no tribute el rendimiento.

Las estructuras *treaty shopping* se presentan básicamente de dos formas. Es común a ambas el hecho de que en el Estado intermedio el rendimiento no debe tributar significativamente. Asimismo, la tendencia es que las rentas atribuidas a la

entidad residente en el Estado intermedio se transfieran hacia un tercer Estado. Por lo tanto, tampoco debe estar gravado el rendimiento por obligación real en el Estado intermedio cuando se transfiere hacia un tercer Estado. La estrategia directa o *direct conduit*, se caracteriza por el hecho de que el Estado intermedio no grava el rendimiento. La estructura indirecta (*stepping stone conduit*) se caracteriza porque los ingresos obtenidos en la fuente se compensan con gastos facturados por terceros. Estos gastos normalmente se facturan por el mismo concepto por el que se produce ingreso. Al igual que en la estructura directa, el efecto final es el mismo, no existe tributación efectiva en el Estado intermedio.

B) Razones que justifican la adopción de medidas contra el *treaty shopping*.

5.- La generalización de las estructuras *treaty shopping* pueden producir una serie de consecuencias adversas para el Estado cuya obligación real se ve afectada por las mismas. Entre ellas hemos destacado la quiebra del principio de reciprocidad sobre la que asientan los convenios, el hecho de que podría mermar su posición negociadora en materia de convenios de doble imposición y el peligro de que los convenios se conviertan en instrumentos que facilitan la evasión y elusión fiscal. Debido a las consecuencias adversas de estas estructuras, especialmente cuando no están justificadas por otros motivos más que la mera aplicación del convenio, ha planteado la necesidad de denegar la aplicación del convenio en estos casos.

C) El ámbito subjetivo de los convenios de doble imposición. El concepto de residencia y de beneficiario efectivo

6.- En principio, tal y como se configura el ámbito subjetivo de los convenios de doble imposición, difícilmente puede negarse la aplicación del convenio cuando se realizan operaciones de este tipo, incluso cuando no subyace ningún motivo económico válido, aparte de la mera reducción de la carga global sufrido por el rendimiento obtenido en la fuente. Además, el concepto restringido de empresa sobre el que se asienta el Modelo OCDE, no impide entender que el rendimiento ha sido obtenido por la entidad residente en el Estado intermedio.

8.- Para obtener la aplicación de un convenio que sigue el Modelo OCDE, bastará con tener la consideración de residente en un Estado. A los efectos del Modelo, tendrán la consideración de residentes las personas que estén sujetas en un Estado por la renta mundial obtenida. No obstante, no cualquier criterio utilizado por un Estado que determine ese grado de sujeción otorgará la consideración de residente a los efectos del convenio. Según el Modelo OCDE, solamente se considerarán los criterios de carácter material. Así, por ejemplo, una persona física que esté sujeta a tributación en un Estado por la renta mundial obtenida, por el hecho de ser nacional de ese Estado, no tendrá la condición de residente a los efectos del Modelo. De mismo modo, una persona jurídica no tendrá la consideración de residente en un Estado, a los efectos del Modelo, si está sujeta en ese Estado por la renta mundial obtenida por el mero hecho de haberse constituido conforme a las leyes del mismo. En consecuencia, el concepto de residencia del Modelo OCDE se configura a partir de dos aspectos. En primer lugar, la extensión de la sujeción en ese Estado (tributación por la renta mundial obtenida) y, en segundo lugar, por la naturaleza del criterio utilizado para establecer ese grado de sujeción. El Modelo OCDE sólo admite criterios de carácter material. No obstante, no todos los convenios siguen el Modelo OCDE. Existe un gran número de convenios, principalmente los celebrados por EEUU, que sólo definen el concepto convencional de residencia en atención al grado de sujeción. En estos convenios bastará con estar sujeto a tributación por la renta mundial obtenida en un Estado parte del convenio. En consecuencia, en estos supuestos, el criterio de la nacionalidad y el del lugar de constitución sí tienen cabida a los efectos de tener la consideración de residente.

8.- El concepto de residencia, por sí mismo, no impide que se aplique el convenio cuando se trata de estructuras artificiosas a las que no subyace ninguna sustancia económica. La *sujeción por la renta mundial obtenida* solamente se establece en abstracto, sin requerir que, de hecho, se produzca efectivamente el gravamen. Así, por ejemplo, una entidad que formalmente esté sujeta a tributación, aunque esté completamente exenta, tendrá la consideración de residente a los efectos del convenio. Este concepto, por lo tanto, no impide negar la aplicación del convenio a las estrategias directa e indirecta de *treaty shopping*.

9.- No obstante, hay que destacar que el concepto de residencia del Modelo OCDE puede evitar la aplicación de los beneficios de los convenios de doble imposición a determinadas estructuras *treaty shopping*. Como hemos visto, el criterio de la constitución, aunque en el plano interno suponga la tributación por la renta mundial obtenida, no otorgará la condición de residente a los efectos del convenio. Por este motivo, aquellas estructuras en las que la entidad utilizada no esté sujeta a tributación en el Estado de residencia en virtud de un criterio de carácter fáctico, no deberán beneficiarse del convenio, simplemente porque no se encuentran dentro de su ámbito subjetivo. Ahora bien, hay que destacar que los convenios que siguen el concepto de residencia del Modelo EEUU si darán amparo a las situaciones anteriores, porque el criterio de la constitución se contempla expresamente. En este sentido, hay que destacar la situación contradicción interna del Modelo EEUU. Por un lado, utiliza un concepto de residente puramente formal. Por otro lado, establece una serie de requisitos, las cláusulas de limitación de beneficios, que pretenden resolver las carencias del concepto de residencia utilizado.

10.- Tampoco el concepto de beneficiario efectivo impide la aplicación del convenio a estas estructuras. El concepto de beneficiario se introdujo en los arts. 10, 11 y 12 del Modelo OCDE con la finalidad de evitar la aplicación de los convenios en materia de dividendos, intereses y cánones en supuestos de *treaty shopping*. Este concepto no está definido ni en el Modelo OCDE ni en los Comentarios al mismo. En el trabajo hemos elaborado un concepto de beneficiario efectivo definido de la siguiente manera: *El beneficiario efectivo es la persona que teniendo derecho a percibir el rendimiento puede disponer libremente del mismo*. Este concepto no resuelve todos los supuestos de *treaty shopping*, especialmente cuando se trata de estructuras directas o indirectas. No obstante, a pesar de que sea insuficiente para contrarrestar todos los supuestos *treaty shopping* tampoco debe despreciarse la utilidad del concepto a tal efecto, dado que en virtud del mismo no se aplicaría el convenio en los supuestos en los que la estructura *treaty shopping* se realiza a través de negocios fiduciarios, agentes y mandatarios.

11.- Debido a que el concepto de residencia y de beneficiario efectivo no son suficientes para denegar la aplicación de los convenios en todos los supuestos de *treaty shopping*, se han planteado otras medidas a tal efecto. Estas medidas para denegar la aplicación del convenio se insertan en dos órdenes.

D) La denegación de los beneficios del convenio a través de las normas generales contra el fraude a la ley previstas en los ordenamientos internos

12.- En primer lugar, mediante la aplicación de las normas internas contra el fraude de ley tributaria. Estas normas pueden constituir un instrumento útil para denegar la aplicación del convenio a aquellos supuestos en lo que la estructura es artificiosa. El principal problema que plantea su aplicación, además de los problemas inherentes a las mismas, radica en el hecho de que se niega el régimen de un convenio (norma bilateral) a través de una disposición interna (norma unilateral). En principio, la doctrina, la jurisprudencia y los propios Comentarios al Modelo OCDE, admiten la posibilidad de aplicar estas normas en el ámbito de los convenios. No obstante, su aplicación debe realizarse con suma cautela para evitar que se provoquen asimetrías en la aplicación del convenio. En este sentido, sería sumamente útil que en los casos que el Estado de la fuente decida denegar el régimen del convenio en virtud de estas normas, permitiera intervenir, de alguna manera, al Estado de residencia. Buen ejemplo de ello es el convenio celebrado entre España y Cuba, que requiere que ambos Estados estén de acuerdo.

13.- La utilización de estos mecanismos (normas generales contra el fraude a la ley tributaria) no es incompatible con la utilización de normas específicas. Cuando se opte por utilizar normas específicas contra el *treaty shopping*, estas normas deberían introducirse en los propios convenios. Algunos Estados han adoptado –especialmente los EEUU–, sin embargo, unilateralmente medidas contra esas estructuras. Estas normas quiebran el principio *pacta sunt servanda* sobre el que se asienta cualquier tratado internacional y, desde ese punto de vista, deben valorarse negativamente.

E) La adopción de normas específicas en el convenio: configuración general de las cláusulas de limitación de beneficios

14.- En segundo lugar, ante la insuficiencia del concepto de residencia y el concepto de beneficiario efectivo para impedir la aplicación del convenio en estos supuestos, una de las soluciones arbitradas es la introducción de normas específicas con el fin de modificar, materialmente, el ámbito subjetivo de los convenios de doble imposición. La utilización de disposiciones específicas constituye un método más sencillo para solucionar este problema que el recurso a las normas internas contra el fraude a la ley.

15.- Es en este marco en el que se insertan las cláusulas de limitación de beneficios. Su finalidad es “cualificar” el concepto de residencia que, como hemos visto, es el que perfila fundamentalmente el ámbito subjetivo de los convenios de doble imposición. En este sentido, estas cláusulas basculan sobre dos presupuestos. *Los beneficios de los convenios solamente se deben aplicar a los residentes que tengan un vínculo suficiente con el Estado de residencia o motivos económicos válidos para obtener desde ese Estado el rendimiento generado en el Estado de la fuente.* Nótese que en lo anterior no se tiene en cuenta la tributación sufrida en el Estado de residencia. La introducción de estas cláusulas en los convenios ha sido impulsada fundamentalmente por EEUU. Prueba de ello es que están recogidas en el art. 22 del Modelo EEUU de 1996 y en la mayoría de los convenios celebrados por ese Estado. Además, estas cláusulas también se han introducido por los EEUU en su legislación interna, produciendo los mismos efectos. No obstante, también encuentran cierto apoyo por parte de la OCDE, toda vez que se proponen cláusulas similares en los Comentarios al art. 1 del Modelo de Convenio de la OCDE.

16.- Estos dos criterios se concretan a través de la formulación de una serie de cláusulas (cláusula de cotización en bolsa, cláusula de propiedad y erosión en la base y la cláusula de actividad). Los residentes que cumplan cualquiera de esas cláusulas habrán demostrado el cumplimiento de alguno de esos dos parámetros y, por lo tanto, tienen derecho a recibir la protección del convenio tanto en el Estado de la fuente como en el Estado de residencia. No obstante, en los casos en los que no se cumpla ninguna de estas cláusulas, los sujetos afectados podrán solicitar a la Administración tributaria correspondiente la aplicación del convenio (cláusula general de buena fe).

La Administración resolverá favorablemente solamente cuando el contribuyente haya demostrado que su presencia en el Estado de residencia no tiene como único fin obtener el acceso a los beneficios del convenio.

17.- Del conjunto del sistema de acceso a los beneficios del convenio diseñado por estas cláusulas, puede deducirse que la intención principal es invertir la carga de la prueba a la hora de valorar si un sujeto actúa o no fraudulentamente. Ello se observa perfectamente desde la óptica de la cláusula general de buena fe. Cuando se trata de aplicar las normas generales contra el fraude a la ley, recae sobre la Administración tributaria la difícil tarea de aplicar estas normas para *denegar* los beneficios del convenio. En definitiva, la Administración deberá acreditar que el contribuyente se ha establecido en el Estado de residencia con el único fin de acceder a los beneficios del convenio. Por el contrario, cuando se trata de aplicar la cláusula general de buena fe, *la carga de la prueba recae sobre el contribuyente* y no sobre la Administración, aunque esta vez, como parece lógico, esa carga se soporta no para denegar el convenio sino para acceder al mismo. El contribuyente tiene que probar que su presencia en el Estado de residencia no se justifica exclusivamente en motivos fiscales.

18.- Las consecuencias que tienen estas cláusulas desde la óptica de los sujetos que pueden acceder al convenio son significativas. En efecto, la redacción de las cláusulas que otorgan directamente la aplicación del convenio se ha realizado en términos muy restrictivos. Esta situación supondrá que la gran mayoría de los sujetos tengan que solicitar la aplicación del convenio a través de la cláusula general de buena fe.

19.- Las condiciones de acceso a los convenios creada por las cláusulas de limitación de beneficios, como han señalado algunos autores, pueden poner en peligro la consecución de los objetivos asignados a los convenios de doble imposición: la eliminación de la doble imposición. Y ello se debe a que la configuración de estas cláusulas se ha realizado en términos muy restrictivos. Sin embargo, los procedimientos establecidos por los Estados para gestionar la obligación real de

contribuir, y especialmente EEUU, han permitido flexibilizar las consecuencias inmediatas de la aplicación estricta de estas cláusulas.

F) Régimen jurídico de las cláusulas de limitación de beneficios

20.- La formulación de estas cláusulas permite distinguir entre dos tipos de residentes: los residentes cualificados y los residentes no cualificados con derecho a obtener la aplicación del convenio. Las personas físicas, los entes gubernamentales cualificados, las entidades sin ánimo de lucro y determinadas entidades exentas tienen la consideración de residentes cualificados. Asimismo, las personas jurídicas que cumplen la cláusula de cotización en bolsa o la cláusula de propiedad y erosión en la base, adquieren tal condición. Por el contrario, las personas que cumplen la cláusula de actividad, aunque tienen derecho a la aplicación del convenio, no son residentes cualificados.

21.- Según *la cláusula de cotización en bolsa*, tendrán la consideración de residente cualificado las entidades que tengan admitidas sus participaciones a negociación en uno de los mercados secundarios señalados por el convenio. El Modelo de EEUU de 1996 solamente contempla los mercados situados en alguno de los Estados parte. No obstante, algunos de los convenios celebrados por EEUU con Estados miembros de la Unión Europea amplían el número de mercados en los que se puede producir la negociación.

El hecho de que las participaciones de una sociedad coticen no es suficiente para cumplir esta cláusula. Esta norma establece una serie de requisitos con el fin de garantizar que se trate efectivamente de una sociedad con una verdadera vocación bursátil. Para ello se establecen una serie de requisitos mínimos de frecuencia y volumen de contratación de las participaciones, con el fin de garantizar que la entidad cotiza materialmente en bolsa.

La cláusula de cotización en bolsa también contempla una modalidad indirecta de acceso a la misma. Las sociedades que pertenezcan en más de un cincuenta por

ciento a sociedades que cotizan en bolsa también tendrán derecho a la aplicación del convenio. Las participaciones indirectas sólo se computan en aquellos casos que todos los miembros de la cadena de propiedad indirecta tengan la consideración de residentes cualificados. En algunos convenios, Francia, Irlanda y Países Bajos, se computan también las participaciones de sociedades que residen en un Estado de la Unión Europea cuyas participaciones cumplen los requisitos en cuanto al volumen y frecuencia de contratación en alguno de los mercados de valores reconocidos por el convenio.

22.- *La cláusula de propiedad y erosión en la base* establece dos requisitos. En primer lugar, la sociedad debe pertenecer en al menos un cincuenta por ciento a residentes cualificados. Los convenios que siguen el Modelo EEUU no computan, sin embargo, las participaciones de sujetos que cumplen la propia cláusula de propiedad y erosión en la base. Además, computan las participaciones de personas con nacionalidad estadounidense, aunque no tengan ningún vínculo de carácter fáctico con ninguno de los Estados parte del convenio. Este extremo introduce un elemento de discordancia en los presupuestos de las cláusulas de limitación de beneficios. Por lo tanto, estos convenios deben reinterpretarse en el sentido de que los nacionales estadounidenses sólo se computarán a los efectos de esta cláusula si tienen una presencia sustancial en alguno de los Estados parte.

Respecto al segundo requisito, es necesario que el sujeto no destine más del cincuenta por ciento de sus rendimientos brutos a atender pagos, que tengan carácter deducible en la base imponible, a sujetos que no tienen la condición de residentes cualificados.

Esta cláusula restringe significativamente el ámbito de sujetos que tienen derecho a la aplicación del convenio, toda vez que las sociedades participadas mayoritariamente por residentes en Estados terceros o que realicen fundamentalmente sus transacciones con residentes en Estados terceros, no tendrán derecho a la aplicación del convenio. Esta cláusula se ha corregido parcialmente en algunos convenios. Además de computarse los residentes cualificados, se tendrán en cuenta los

residentes en Estados miembros de la Unión Europea, del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y del Espacio Económico Europeo. Sin embargo, dichos residentes solamente se computan en la medida que, de haber residido en el Estado de residencia de la sociedad en la que participan, hubieran cumplido alguna cláusula que otorga la condición de residente cualificado. Esta cláusula ampliada de propiedad y erosión en la base se limita con respecto a determinados rendimientos (dividendos, intereses y cánones). En estos casos, es necesario cumplir también la cláusula de beneficios derivados. En virtud de la misma, el convenio celebrado entre el Estado de residencia del partícipe y el Estado de la fuente no debe prever un régimen más gravoso de tributación en la fuente.

23.- *La cláusula de actividad* no otorga la condición de residente cualificado. Cumplirán esta cláusula los sujetos que realicen una actividad empresarial en el Estado de residencia que guarde una relación directa o accesorial con el rendimiento obtenido en el Estado de la fuente. Las actividades de realización y gestión de inversiones no tienen la consideración de actividad empresarial. No obstante, esta exclusión no afectará a las entidades financieras, aseguradoras y de servicios de inversión cuando hayan sido autorizadas para realizar estas actividades. En principio, se encuentran comprendidas en esta exclusión las sociedades *holding*, incluso cuando intervienen en la gestión de las entidades participadas a través de la prestación de servicios administrativos, financieros, comerciales y técnicos. No obstante, algunos convenios establecen una cláusula especial de actividad, la cláusula de administración central de un grupo multinacional, que, a pesar de establecer un gran número de requisitos, permite acceder al convenio a algunas sociedades *holding* que intervienen en la gestión de las sociedades participadas.

Esta cláusula solamente computa la actividad desarrollada en el Estado de residencia. Por lo tanto, las actividades realizadas en terceros Estados no se computan. Además, cuando la relación entre el rendimiento obtenido en la fuente y la actividad en residencia es directa, es necesario cumplir el requisito de la sustancialidad. Este requisito exige que la actividad en residencia alcance un determinado volumen con respecto a la actividad que desarrolla la entidad que paga el

rendimiento. Por último, el cumplimiento del requisito de la existencia de una relación directa o accesoria se realiza comparando el rendimiento obtenido en la fuente y la actividad desarrollada en el Estado de residencia. Sin embargo, cuando la entidad que paga el rendimiento está vinculada con el sujeto que lo obtiene, los elementos de comparación no son el rendimiento obtenido en la fuente y la actividad realizada en residencia. En estos supuestos, la comparación se efectúa entre la actividad que genera el rendimiento en la fuente y la actividad desarrollada en residencia. Una aplicación estricta de este último aspecto, determinaría que no se cumpla este requisito en los supuestos en que ambas entidades operan en sectores distintos.

La cláusula de actividad, a pesar de que permite acceder directamente a los beneficios del convenio, lo hace en condiciones muy distintas a las cláusulas anteriores. En primer lugar, no otorga la condición de residente cualificado. Ello supone que las participaciones que la entidad pueda tener en otras entidades no se computarán con el fin de cualificar a estas últimas. En segundo lugar, esta cláusula no otorga derecho a la aplicación del convenio respecto a todos los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente, sino sólo a los que cumplan esta cláusula. Como consecuencia de ello, es posible que una entidad solamente tenga derecho a la aplicación del convenio respecto a parte de los rendimientos obtenidos.

24.- Finalmente se encuentra *la cláusula general de buena fe*. En virtud de esta cláusula, la Administración correspondiente concederá los beneficios del convenio si el sujeto prueba que su presencia en el Estado de residencia no tiene por única finalidad beneficiarse de la red de convenios de ese Estado. Sobre el contribuyente recae la carga de solicitar la aplicación del convenio y probar que existen motivos económicos válidos que justifican su presencia en el Estado de residencia. Se ha criticado el hecho de que el parámetro para resolver se ha formulado en términos muy genéricos. Aunque ello sea así, no puede concluirse que se trate de una competencia discrecional. La Administración deberá resolver favorablemente si se prueba ese extremo. No obstante, con el fin de facilitar su aplicación, algunos convenios han desarrollado ese parámetro.

25.- Otra vía a través de la que se puede articular las medidas contra el *treaty shopping* consiste en negar la aplicación del convenio cuando un sujeto disfruta de un régimen fiscal privilegiado en el Estado de residencia. Como hemos señalado, para que estas estructuras tengan sentido, es necesario que el Estado intermedio no grave significativamente los rendimientos objeto de la estructura *treaty shopping*. Este enfoque es distinto al utilizado por las cláusulas de limitación de beneficios, toda vez que se refiere al régimen tributario sufrido en el Estado de residencia y no al hecho de que el sujeto tenga un vínculo suficiente con ese Estado o motivos económicos válidos para operar desde el mismo. Este enfoque, desde el punto de vista de los convenios de doble imposición, puede insertarse en el contexto de las actuaciones emprendidas por la OCDE y la Unión Europea en materia de competencia fiscal dañina (*harmfull tax regimes*).

En el ámbito de los convenios, las entidades que disfruten un régimen que pueda recibir tal calificación, estarán excluidas del convenio (cláusula de exclusión). El principal problema que plantea este método consiste en identificar cuáles son esos regímenes. Asimismo, aunque el régimen se identifique, es probable que el Estado que lo ha creado se muestre contrario a pactar una cláusula que lo excluya del ámbito de aplicación del convenio.

G) La gestión de la obligación real en los convenios que introducen cláusulas de limitación de beneficios

26.- La existencia de las cláusulas de limitación de beneficios también incide en la aplicación de los beneficios del convenio. Los impuestos sobre no residentes permiten, en la mayoría de ordenamientos, que el pagador de los rendimientos practique directamente la retención teniendo en cuenta los límites impuestos por los convenios de doble imposición (*withholding tax*). El perceptor del rendimiento, de alguna manera, deberá probar al retenedor que el convenio es aplicable. La prueba se articula normalmente mediante la entrega de un certificado de residencia expedido por la autoridad competente del Estado en el que tiene su residencia. Con carácter general, los ordenamientos no establecen un sistema de exención de responsabilidad del retenedor, para los casos en los que finalmente se compruebe que el no residente no

tenía derecho a la aplicación del convenio. Cuando se trata de un convenio con cláusulas de limitación de beneficios, la mera aportación de un certificado de residencia no debería ser suficiente, habida cuenta que no establece si el sujeto cumple alguna de esas cláusulas.

27.- La imposición sobre los no residentes en EEUU permite al pagador de los rendimientos aplicar directamente los beneficios del convenio. Asimismo, exonera al retenedor de cualquier responsabilidad, por lo que respecta a incorrecta la aplicación de los beneficios del convenio; cuando el perceptor le entrega, debidamente cumplimentado, el modelo W-8BEN, y no conociera o tuviera alguna razón para conocer, que el convenio no era aplicable (*actual knowledge or reason to know*). Lo más característico de este trámite es que no exige al perceptor aportar documento alguno expedido por el Estado de su residencia, en el que se acredite que es residente en ese Estado y que cumple alguna de las cláusulas de limitación de beneficios. Según la regulación de este modelo, el contribuyente sólo tiene que declarar, bajo el apercibimiento de una pena por delito de perjurio, que cumple las cláusulas de limitación de beneficios. En consecuencia, cuando el retenedor aplica el convenio, no existe ninguna comprobación material ni del cumplimiento del requisito de residencia ni de las cláusulas de limitación de beneficios. Todo se basa en la buena fe del no residente. Este sistema facilita, por lo tanto, la aplicación del convenio, tanto para el retenedor -por el sistema de exención de responsabilidad- y para el no residente.

28.- Los Países Bajos, respecto al convenio celebrado con EEUU, han desarrollado un procedimiento de certificación del cumplimiento de las cláusulas de limitación de beneficios, para la aplicación del convenio y, así, resolver las dudas de la regla americana "*actual knowledge or reason to know*". La Administración de los Países Bajos certifica el cumplimiento de las cláusulas de limitación de beneficios por parte de los residentes en su Estado, previa solicitud de éstos y la aportación de la documentación necesaria que pruebe su cumplimiento. Esta certificación se acompaña con el modelo W-8BEN, facilitando la aplicación del convenio, ya que la Administración tributaria de EEUU ha admitido que en esos casos el retenedor no tiene razones para conocer el hecho de que no se cumplen las cláusulas.

29.- La regulación de la gestión del impuesto sobre no residentes español no ha regulado claramente cómo debe acreditar el no residente al retenedor la aplicación de los beneficios del convenio. En principio, la aportación de un certificado de residencia es suficiente, pero no se establece en ningún lugar la exención de responsabilidad del retenedor cuando aplica el convenio teniendo en cuenta ese certificado. No obstante, parece que en la práctica bastará con entregar un certificado de residencia. Respecto a los convenios españoles con cláusulas de limitación de beneficios, no se prevé ningún método de acreditación de su cumplimiento. Puede afirmarse que el ordenamiento español, por lo menos cuando la aplicación del convenio la realiza el retenedor, ha renunciado a comprobar el cumplimiento de las mismas. Igualmente, tampoco se ha desarrollado ningún procedimiento, como sucede en los Países Bajos, para facilitar la aplicación del convenio con EEUU por parte de residentes en España.

30.- De análisis de la gestión de los convenios con cláusulas de limitación de beneficios, puede afirmarse que a tenor de la legislación estadounidense, no se comprueba en primera instancia, esto es, cuando el retenedor aplica el convenio, el cumplimiento de las cláusulas. Esta circunstancia podría llevarnos a concluir que sólo se han establecido con el fin de poder denegar más fácilmente la aplicación del convenio cuando la Administración proceda a una comprobación posterior. Los sujetos que no acrediten suficientemente el cumplimiento de las cláusulas en el procedimiento de comprobación posterior, no recibirán la protección del convenio. Como se puede comprobar, en estos casos no es necesario que la Administración aplique, para denegar el régimen del convenio, las normas generales internas contra el fraude a la ley tributaria.

H) La compatibilidad de las cláusulas de limitación de beneficios con el Derecho comunitario

31.- La competencia para celebrar convenios de doble imposición corresponde a los Estados miembros de la Comunidad europea y no a las Instituciones comunitarias. No obstante, los Estados deben ejercer esta competencia respetando el Derecho comunitario.

32.- El sistema de acceso a los convenios establecido por las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios celebrados entre EEUU y los Estados miembros puede ser contrario a las libertades comunitarias de establecimiento, circulación de capitales y prestación de servicios.

33.- La cláusula de cotización en bolsa es contraria a la libre circulación de capitales del Derecho comunitario porque obliga a la sociedad residente en un Estado miembro a cotizar en un mercado secundario de su Estado si quiere acceder al convenio a través de esta vía. No obstante, algunos convenios corrigen parcialmente este extremo, toda vez que admiten la cotización en otros mercados secundarios, entre los que se encuentran mercados situados en Estados de la Comunidad.

34.- La cláusula de propiedad y erosión en la base es contraria a la libertad de establecimiento y prestación de servicios. Las sociedades participadas mayoritariamente o que realizan la mayoría de sus transacciones con sujetos amparados por dichas libertades no cumplirán esta cláusula. No obstante, algunos convenios corrigen parcialmente las consecuencias de esta cláusula, computando también, a los efectos de su cumplimiento, las participaciones y las transacciones realizadas con residentes en Estados miembros de la Comunidad. Sin embargo, esta versión ampliada de la cláusula no resuelve, con carácter general, el problema de la incompatibilidad, ya que solamente se computan los residentes que, de haber residido en el Estado de residencia de la entidad afectada, hubieran tenido la consideración de residente cualificado. Además, esta versión ampliada de la cláusula no se aplica a todos los rendimientos comprendidos por el convenio. En materia de dividendos, intereses y cánones, es necesario cumplir, además, la cláusula de beneficios derivados.

35.- La cláusula de actividad también plantea problemas con la libertad de establecimiento. En primer lugar, porque determinadas actividades que pueden tener amparo bajo la aplicación del Derecho comunitario (empresas autorizadas para prestar servicios de inversión y sociedades *holding* que intervienen en la gestión de las

entidades participadas) no tienen la consideración de actividades empresariales a los efectos de esta cláusula. En segundo lugar, porque materialmente obliga a una sociedad a desarrollar su actividad en el Estado de residencia lo que, a tenor del estado actual del Derecho comunitario y la jurisprudencia del TJCE, no es exigible en todos los casos. Asimismo, la cláusula de actividad, salvo en el convenio entre EEUU y los Países Bajos, no computa la actividad realizada en otros Estados miembros de la Comunidad. Por último, aunque esta cláusula pueda otorgar amparo a muchos sujetos protegidos por el Derecho comunitario, hay que constatar que su posición es menos ventajosa respecto a los que cumplen las cláusulas anteriores, toda vez que deben probar el cumplimiento de esta cláusula cada vez que obtienen un rendimiento en el Estado de la fuente.

36.- En último lugar, la cláusula general de buena fe, formalmente no resuelve el problema de la incompatibilidad, aunque a través de la misma se logre que muchos sujetos protegidos por el Derecho comunitario reciban la protección del convenio. En cualquier caso, hay que hacer notar que se encuentran en una posición menos ventajosa, porque sólo recibirán la protección del convenio si la Administración de la fuente se lo concede, para lo cual tendrán que formular la solicitud correspondiente.

37.- Los efectos que tienen estas cláusulas sobre las libertades comunitarias no pueden justificarse a tenor de los criterios establecidos en los pronunciamientos del TJCE. Estas normas se han configurado partiendo de la presunción de que las personas jurídicas actúan fraudulentamente cuando solicitan la aplicación del convenio. Ello se puede percibir porque estas cláusulas sólo se aplican a las personas jurídicas. Las personas físicas, por el mero hecho de ser residentes, tienen derecho a la aplicación del convenio.

38.- Estas normas no comprueban individualizadamente si se ha producido una utilización abusiva del convenio. Es más, cuando no se cumple ninguna de las cláusulas, es el sujeto afectado quien tiene que probar que no actúa fraudulentamente. Igualmente, tampoco se puede justificar estas normas porque son discriminatorias y desproporcionadas. Nótese que, desde un punto de vista material, son

fundamentalmente los sujetos que ejercen las libertades comunitarias los que quedan excluidos de la aplicación del convenio y se ven avocados a probar que no han actuado fraudulentamente (cláusula general de buena fe).

39.- La no aplicación del convenio en el Estado de la fuente puede causar perjuicios a los sujetos afectados, toda vez que el gravamen en ese Estado no se verá constreñido por las normas del convenio. Aunque el Estado de residencia, cuando se trate de un Estado comunitario, tenga la obligación de aplicar las normas internas, o del convenio, para eliminar la doble imposición, es probable que el gravamen sufrido finalmente será mayor al experimentado por los sujetos que sí cumplen las cláusulas.

Esta situación se producirá, normalmente, cuando EEUU actúa como Estado la fuente. Al tratarse de un Estado no comunitario, no puede exigirse responsabilidad alguna por la infracción del Derecho comunitario. Solamente el Estado comunitario, que será el Estado de residencia, tendrá responsabilidad por dicha infracción. Con el fin de reparar el daño causado, los sujetos afectados podrán intentar solicitar al Estado comunitario correspondiente una indemnización por los daños causados por la infracción del Derecho comunitario. Sin embargo, es difícil que ésta prospere, a tenor de los criterios que deben concurrir, según el TJCE, para que un Estado comunitario tenga la obligación de indemnizar los daños provocados por la infracción.

El requisito que más problema plantea radica en que difícilmente podemos calificar esta infracción como una "violación suficientemente caracterizada". El Derecho comunitario no impone una obligación clara y precisa de eliminar las situaciones discriminatorias provocadas por Estados terceros. Las cláusulas de limitación de beneficios constituyen una imposición de los EEUU a la hora de negociar los convenios de doble imposición. Igualmente, aunque no estuvieran previstas en el convenio, EEUU exigiría su cumplimiento, en virtud de su normativa interna. En este sentido, los Estados comunitarios no han cometido intencionadamente esta infracción. Por el contrario, los Estados miembros han intentado corregir los efectos contrarios al Derecho comunitario producidos por la política unilateral y bilateral estadounidense, mediante la configuración de unas cláusulas de limitación de

beneficios que permitan en mejor medida “asegurar el cumplimiento” de las libertades comunitarias. Aunque las normas que finalmente se plasman en los convenios no son compatibles, en todos los casos, con el Derecho comunitario, no puede considerarse que se ha incumplido el principio de lealtad comunitaria del art. 10 del TCE, sobre el que se ha fundamentado el TJCE la responsabilidad de los Estados miembros por la infracción del Derecho comunitario.

40.- Ante esta situación, esta materia solamente puede corregirse mediante una acción comunitaria. En este sentido, se han propuesto la celebración de un convenio multilateral entre los Estados miembros y la existencia de un Modelo de convenio de la Unión Europea que, obviamente, debería abordar estas cuestiones. En este sentido, una “acción comunitaria” puede mejorar la posición de los Estados, o de la Comunidad, si se atribuye a ésta la competencia para negociar los convenios con terceros Estados, para que las cláusulas de limitación de beneficios se ajusten al Derecho comunitario.

BIBLIOGRAFÍA:

AA, *Holding, Royalty and Finance Companies in the Netherlands*, AA, 1997.

ABELLÁN HONRUBIA, V.; VILÀ COSTA, B. (dir.), *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Ariel, Barcelona, 1998.

ALBI, E.; MARTÍN, A., "Convenio EEUU-España. Peculiaridades del Tratado", *AT*, tomo 1, 1991, pp. D-19 a D-43.

ALBI, E., "Estrategias de planificación fiscal internacional: instrumentos financieros", *PSF*, núm. 41, 1993, pp. 9 a 32.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., *Sistema tributario español y comparado*, Tecnos, Madrid, 1986.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., "La técnica tributaria en el convenio con Estados Unidos", en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *Estudios sobre el convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición*, GF, Madrid, 1991, pp. 133 a 149.

AMATUCCI, A., "Fraude y evasión. Vías", *RLDT*, núm. 4, 1998, pp. 9 a 18.

ALI, *International Aspects of United States Income Taxation II*, Filadelfia, 1992.

ALMUDÍ CID, J.; SERRANO ANTÓN, F., "La residencia fiscal de las personas físicas en los convenios de doble imposición y en la normativa española", *RCT*, núm. 221/222, 2001, pp. 73 a 104.

ALMUDÍ CID, J.; SERRANO ANTÓN, F., "La tributación por el IVA de las Sociedades *holding*", *QF*, núm. 2, 2002, pp. 39 a 45.

ALONSO ALBO, T, "Fiscalidad de las operaciones *swap*", en VV.AA, *Las operaciones swap como instrumento para mejorar la financiación de la empresa*, Editorial Instituto de Empresa, Madrid, 1985, pp. 195 a 208.

ALONSO FERNÁNDEZ, F., "El abuso de convenio: las cláusulas anti-abuso en el convenio con los EE.UU. de América", en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *Estudios sobre el Convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición*, GF, Madrid, 1991, pp. 333 a 350.

ALONSO GARCÍA, R., *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Civitas-Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1997.

AMICO, J., "United States: Tax Treaty Project Raises Treaty Shopping Question", *ET*, núm. 7, 1989, pp. 225 a 228.

AMICO, J., "Planning Under Article 26 of the 1992 U.S.-Netherlands Tax Treaty", *TNI*, núm. 2, 1993, pp. 1333 a 1339.

AMICO, J., "The IRS in the *SDI* Case: Were They Only Bluffing?", *TNI*, núm. 12, 1997, pp. 961 a 963.

AMORÓS, N., "La elusión y la evasión tributaria", *RDFHP*, núm. 59, 1965, pp. 573 a 620.

ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Técnicas desgravatorias y deber de contribuir*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "El comercio electrónico en el Derecho tributario", Revista on-line sobre Temas Tributarios *Tax net*, www.taxnet.es, mayo, 2001, pp. 1 a 41.

ATCHABAHIAN, A., "El Grupo Andino y su enfoque de la doble imposición internacional", *HPE*, núm. 32, 1975, pp. 121 a 144.

AULT, H., "The role of the OECD commentaries in the interpretation of tax treaties", *Intertax*, núm. 4, pp. 144 a 148.

AVERY JONES, J., *et al.*, "Dual Resident of Individuals: The Meaning of the Expressions in the OECD Model Convention", *BTR*, núm. 1, 1981, p. 15 a 29.

AVERY JONES, J., *et al.*, "The Treatment of Trust under the OECD Model Convention", *ET*, núm. 12, 1989, pp. 379 a 405.

AVERY JONES, J., "Article 3.2 of the OECD Model Convention and the Commentary to It: Treaty Interpretation", *ET*, núm. 8, 1993, pp. 252 a 257.

AVERY JONES, J., "Flows of capital between the EU and third countries and the consequences of disharmony in European international tax law", *EC Tax Review*, núm. 2, 1998, pp. 95 a 106.

BAENA AGUILAR, A., *La obligación real de contribuir en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Aranzadi, Pamplona, 1994.

BAKER, P., *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2ª ed., 1994.

BARAV, A., "State Liability in Damages for Breach of Community Law in the National Courts", *Yearbook of European Law*, vol. 16, 1996, pp. 87 a 128.

BARNADAS, F., *Tributación de no residentes y fiscalidad internacional*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona, 1997.

BARQUERO ESTEVAN, J.M., *La información administrativa a los contribuyentes*, 2001, inédito.

BAYONA DE PEROGORDO, J.J.; SOLER ROCH, M.T., *Derecho Financiero*, Compás, Alicante, 1989.

BECKER, H., "Germany (Federal Republic): Treaty Shopping/Treaty Override", *ET*, núm. 12, 1988, pp. 383 a 385.

BECKER, H.; WURM, F., (eds.), *Treaty Shopping. An Emerging Tax Issue and its Presents Status in Various Countries*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1988.

BECKER, H.; WÜRM, F., "Double-taxation conventions and the conflict between international agreements and subsequent domestic laws", *Intertax*, núm. 8/9, 1988, pp. 257 a 263.

BECKER, H.; THÖMMES, O., "Treaty Shopping and EC Law. Critical Notes to Act. 28 of the New German-U.S. Double Taxation Convention", *ET*, núm. 6, 1991, pp. 173 a 176.

BENNETT, M., "The U.S.-Netherlands Tax Treaty Negotiations: A U.S. Perspective", *BIFD*, núm. 1, 1991, pp. 3 a 10.

BENNETT, M.; DE HOSSON, F.; MORRISON, P., *The 1992 United States Netherlands Tax Convention*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1993.

BENNETT, M.; MORRISON, P.; DANIELS, T.; DE HOSSON, F., *Commentary to the US-Netherlands Income Tax Convention*, Kluwer, La Haya, 1995.

BENNETT, M., "The new U.S.-Switzerland income tax Treaty: highlights of U.S. taxation of Swiss residents", *RDADF*, núm. 3/4, 1998, pp. 209 a 220.

BERLIRI, A., *Principios de Derecho Tributario*, tomo 1, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964.

BERMAN, D.; HYNES, J., "Limitation on Benefits Clauses in U.S. Income Tax Treaties", *TMIJ*, núm. 12, 2000, pp. 692 a 710.

BETTEN, R., "Denial of Certificate of Residence to Dual Resident Company", *ET*, núm. 11, 1989, pp. 371 a 373.

BETTEN, R., "Report on Rulings Practice", *ET*, núm. 10, 1992, pp. 363 y 364.

BETTEN, R., "News on Ruling Practice", *ET*, núm. 5, 1993, pp. 182 y 183.

BIERLAAGH, H., "The CARICOM Income Tax Agreement for the Avoidance of (Double) Taxation", *BIFD*, núm. 3, 2000, pp. 99 a 110.

BLANCO-MORALES, P., *La transferencia internacional de sede social*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

BLÁZQUEZ LIDOY, A., "Sociedades irregulares y su régimen jurídico tributario: ¿pueden considerarse personas jurídicas a efectos tributarios tras la reforma mercantil de 1989?", *Impuestos*, 1998-I, pp. 535 a 558.

BLÁZQUEZ LIDOY, A., *El régimen de los grupos de sociedades en la Ley 43/1995 (Fundamentos, subjetividad, régimen sancionador y requisitos)*, CEF, Madrid, 1999.

BLUMENBERG, J., "Recent developments in German international taxation", *Tax International Tax Journal*, núm. 3, 1994, pp. 68 a 88.

BOIDMAN, N., "Canadian approach to treaty shopping", *Intertax*, núm. 8/9, 1989, pp. 369 a 377.

BOKOBO, S., "Código de conducta fiscal en el ámbito de las empresas: la armonización de la imposición directa en la Unión Europea", *CT*, núm. 93, 2000, pp. 41 a 47.

BORN, H., "Beneficial Ownership", *ET*, núm. 12, 1994, p. 469 a 472.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., "Problemática general que suscita la aplicación del convenio", en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *Estudios sobre el convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición*, GF, Madrid, 1991, pp. 51 a 62.

BRIONES FERNÁNDEZ, L., "Planificación fiscal de la inversión española en el extranjero. Primera parte: fiscalidad española", *CaT*, núm. 48, 1987, pp. 1 a 16.

BRIONES FERNÁNDEZ, L., "Planificación fiscal de la inversión española en el extranjero. Segunda parte: minimización del impuesto extranjero", *CaT*, núm. 49, 1987, pp. 1 a 10.

BRIONES FERNÁNDEZ, L., "Consecuencias fiscales en España de la planificación fiscal de las inversiones españolas en el extranjero", *PSF*, núm. 41, 1993, pp. 33 a 67.

BRIONES FERNÁNDEZ, L., "Las inversiones españolas en el exterior. Estructuras internacionales", ponencia en el curso sobre *Planificación fiscal internacional* celebrado en noviembre de 2000 en el CEF.

BROOD, E., "Estudio comparativo de los Tratados para evitar la doble imposición firmados por España desde la perspectiva de la planificación fiscal", *Impuestos*, 1993-II, pp. 136 a 150.

BUHLER, O., *Principios de Derecho Internacional Tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968.

BURGE, M.; ENDRES, D., "Treaty shopping: the new German-US treaty raises more questions than it answers", *Intertax*, núm. 11, 1990, pp. 547 a 553.

BURKE, W., *et al.*, "Report on Proposed United States Model Income Tax Treaty", *Harvard International Tax Review*, núm. 2, 1983, pp. 219 a 330.

CAAMAÑO ANIDO, M.A., "El caso Rolling Stones o el defecto del convenio hispano-holandés de doble imposición", *CT*, núm. 68, 1993, pp. 7 a 14.

CAAMAÑO ANIDO, M.A.; CALDERÓN CARRERO, J.M., *Jurisprudencia tributaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (1992-1995)*, La Ley, Madrid, 1997.

CAAMAÑO ANIDO, M.A.; CALDERÓN CARRERO, J.M., "Accounting, the permanent establishment and EC Law: The Futura Participations case", *EC Tax Review*, núm. 1, 1999, pp. 24 a 38.

CAAMAÑO ANIDO, M.A.; CALDERÓN CARRERO, J.M., "La erosión de las medidas de control fiscal del Estado de residencia: una reflexión al hilo de la jurisprudencia comunitaria en el caso *ICI*", *RCT*, núm. 207, 2000, pp. 19 y 45.

CAAMAÑO ANIDO, M.A.; CALDERÓN CARRERO, J.M.; MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (1996-1999)*, La Ley, Madrid, 2000.

CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional en los convenios de doble Imposición y en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

CALDERÓN CARRERO, J.M.; PIÑA GARRIDO, M.D., "Spain: Interpretation of Tax Treaties", *ET*, núm. 10, 1999, pp. 376 a 386.

CALDERÓN CARRERO, J.M., "Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal", en GARCÍA NOVOA, C.; LÓPEZ DÍAZ, A., (Coords.), *Temas de Derecho penal tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 193 a 223.

CALDERÓN CARRERO, J.M., *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*, CEF, Madrid, 2000.

CALDERÓN CARRERO, J.M., "Spain Signs Income Tax Treaties with Cuba, Norway and Israel", *TNI*, núm. 5, 2001, pp. 455 a 460.

CALDERÓN PATIER, C., "El convenio entre España y EEUU para evitar la doble imposición. Análisis comparativo con el Modelo de Convenio de la OCDE", *AT*, tomo 1, pp. D-47 a D-59.

CALVO ORTEGA, R., en el prólogo a LUCAS DURÁN, M., *La tributación de los dividendos internacionales*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 21 a 24.

CALVO SALINERO, R., "Convenios bilaterales y discriminación fiscal en la Unión Europea", *QF*, núm. 16, 1998, pp. 53 a 61.

CAMPBELL, C., "Access to Tax Treaty Benefits: Procedural Aspects. France", *TMIF*, núm. 3, 1996, pp. 13 a 15.

CARMONA FERNÁNDEZ, N., "El nuevo Impuesto sobre la Renta de No Residentes", *TF*, núm. 100, 1999, pp. 85 a 98.

CARMONA FERNÁNDEZ, N., "Medidas antielusión fiscal: medidas antiabuso en los convenios sobre doble imposición", en SERRANO ANTÓN, F. (coord.), *Fiscalidad internacional*, CEF, Madrid, 2001, pp. 155 a 171.

CARO GÁNDARA, R., *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Civitas, Madrid, 1999.

CARRASCO REIJA, L.; CARRASCO REIJA, J., *Planificación fiscal internacional*, CEF, Madrid, 1993.

CARRASCOSA MORALES, A., "Algunas repercusiones fiscales y económicas del Convenio con EE.UU. para evitar la doble imposición", *GF*, núm. 58, 1988, pp. 201 a 220.

CASADO OLLERO, G., *et al.*, *Cuestiones Tributarias Prácticas*, La Ley, Madrid.

CASERO BARRÓN, R., "Spain: New Holding Company Regime for Outbound Investments", *Intertax*, núm. 12, 1996, pp. 460 a 471.

CASERO BARRÓN, R., "El *treaty shopping* visto desde la óptica del Derecho comunitario", *RTT*, núm. 32, 1996, pp. 67 a 72.

CAVESTANY MANZANEDO, M.A., "El artículo 17 del convenio entre España y los Estados Unidos para evitar la doble imposición", *CaT*, núm. 152, 1992, pp. 1 a 8.

CAVESTANY MANZANEDO, M.A., "El *treaty shopping* en el modelo de convenio de la OCDE de 1992", *Impuestos*, 1993-II, pp. 94 a 109.

CHICA, J.; JOHNSON, J. "The New U.S.-Netherlands Tax Treaty: Understanding the International Tax Planning Implications", *TNI*, junio, 1993, pp. 1509 a 1521.

COHEN, H.; POLLACK, L.; SCHERER, M., "Analysis of the New U.S.-Switzerland Income Tax Treaty", *TMIJ*, núm. 2, 1997, pp. 47 a 79.

COLE, R.; CROCKER, J., "Highlights of the new US withholding tax system for income paid to foreign investors in the United States", *RDADF*, núm. 3/4, 1998, pp. 249 y 276.

COLLADO ARMENGOL, A.; DELGADO PACHECO, A., "Pasado, presente y futuro del régimen de los precios de transferencia en España", en SERRANO ANTÓN, F., (coord.), *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid, 2001, pp. 613 a 677.

COLLADO YURRITA, M.A., *Los no residentes sin establecimiento permanente en el IRPF*, Real Colegio de España, Bolonia, 1995.

COLLINS, M., "Evasion and avoidance of Tax at the International Level", *ET*, núm. 9, 1988, pp. 291 a 302.

COMBARROS VILLANUEVA, V.E., "La interpretación económica como criterio de interpretación jurídica (Algunas reflexiones a propósito del concepto de propiedad económica del Impuesto sobre el Patrimonio)", *REDF*, núm. 44, 1984, pp. 485 a 534.

COOPER, G. (ed.), *Tax Avoidance and the Rule of Law*, IBFD, Amsterdam, 1997.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, M., *Ordenamiento tributario español*, Civitas, Madrid, 1985.

CROWDUS, W., "Highlights of New Income Tax Treaty Between United States", *TMIJ*, núm. 11, 1997, pp. 558 a 566.

CUATRECASAS, *Comentarios al impuesto sobre la renta de las personas físicas y al impuesto sobre la renta de no residentes*, Aranzadi, Elcano, 2000.

CUNNINGHAM, N.; SCHENK, D., "Taxation Without Realization: A 'Revolutionary' Approach to Ownership", *Tax Law Review*, núm. 4, 1992, pp. 725 a 814.

CUNNINGHAM, W., "Article 23 of the Proposed United States-Ireland Tax Treaty", *BIFD*, núm. 12, 1997, pp. 547 a 552.

CUSSONS, P., "U.S.-U.K. Treaty Re-Negotiation", *TPIR*, núm. 12, 1998, pp. 7 a 10.

CUSSONS, P., "Harmonization and Treaty Shopping in the Organization for Economic Cooperation and Development", en CAMPBELL, D. (ed.), *International Tax Planning*, Kluwer Law International, Londres, 1995.

DAHLBERG, M., "New Tax Treaty Between Sweden and the US Raises Questions about Treaty-Shopping", *Intertax*, núm. 8/9, 1997, pp. 295 a 298.

DAVIES, D., *Principles of International Double Taxation Relief*, Sweet & Maxwell, Londres, 1985.

DE ARESPACOCCHAGA, J., *Planificación fiscal internacional*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

DE ARESPACOCCHAGA, J., *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

DEBATIN, H.; ENDERS, D., *Das neue Doppelbesteuerungsabkommen USA/Bundesrepublik Deutschland*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1990.

DECARLO, J.; GRANWELL, A.; VAN WEEGHEL, S., "An Overview of the Limitation on Benefits Article of the New Netherlands-U.S. Income Tax Convention", *TMIJ*, núm. 6, 1993, pp. 271 a 293.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio fiduciario (estudio crítico de la teoría del doble efecto)*, Reus, Madrid, 1972.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985.

DE GRADO, J.; MORILLA, B., "Regímenes tributarios europeos de entidades *holding* y su comparación con el régimen de las ETVE de la Ley 43/1995", *Impuestos*, 1998-II, pp. 292 a 310.

DELATTRE, O., "France-United States New Tax Treaty", *BIFD*, núm. 2, 1995, pp. 65 a 70.

DE JUAN PEÑALOSA, J.L., en *Doble Imposición Internacional*, IEF, Madrid, 1972.

DE JUAN PEÑALOSA, J.L., "Los internacionalistas Flores de Lemus y Viñuales", *HPE*, núm. 42/43, 1976, pp. 265 a 268.

DE JUAN PEÑALOSA, J.L., "La residencia y el domicilio en la Ley General Tributaria", *CT*, núm. 50, 1984, pp. 165 a 172.

DE JUAN PEÑALOSA, J.L., "Modelo/92", *Impuestos*, 1993-II, pp. 110 a 135.

DE KLEER, M., "Towards a European Anti-Abuse Doctrine in Direct Taxation?", *Intertax*, núm. 4, 1996, pp. 137 a 144.

DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, A., "La extensión de la sujeción tributaria en el Derecho comparado y la nueva Ley de Renta", *RCT*, núm. 191, 1999, pp. 177 a 180.

DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, A., "Establecimiento permanente y comercio electrónico", *RESE*, núm. 34, 2000, pp. 157 a 162.

DEL ARCO RUETE, L., *Doble imposición internacional y Derecho tributario español*, Escuela Financiera de Hacienda Pública, Madrid, 1977.

DEL ARCO RUETE, L., "Comentarios al informe del profesor Viñuales sobre el Régimen Fiscal de las Empresas operando en varios países", *HPE*, núm. 46, 1977, pp. 169 a 176.

DE LA VILLA GIL, J.M., "Residencia y ciudadanía: su tratamiento y repercusiones jurídicas", en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *Estudios sobre el convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición*, GF, Madrid, 1991, pp. 153 a 160.

DE LIGNIE, M., "Limitation on benefits: Recently signed US Treaties Compared to the 1992 US-Netherlands Treaty", *BIFD*, núm. 2, 1995, pp. 71 a 77.

DE LUIS, F., "Métodos para distribuir los beneficios imponible entre varias jurisdicciones tributarias", *HPE*, núm. 64, 1980, pp. 169 a 184.

DE PABLOS ESCOBAR, L.; VALIÑO CASTRO, A., "Evasión y elusión fiscal internacional a través del uso de sociedades conductoras", *AF*, núm. 22/23, 1989, pp. 1589 a 1605.

DE SAMPAYO RIBEIRO, N., *Regional Policy and Direct Taxation Policy: A case of EC operational [Des] co-ordination?*, IBFD International Tax Academy, Ámsterdam, 1997.

DÍEZ-HOCHLEITNER, J.; MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *Derecho Comunitario Europeo (Tratados y otros textos anotados)*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

DÍEZ-HOCHLEITNER, J., *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J.; MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *Derecho de la Unión Europea: textos y comentarios*, McGraw-Hill, Madrid, 2001.

DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, 4ª ed.

DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *The 1996 United States Model Income Tax Convention*, Kluwer Law International, La Haya, 1997.

DOERNBERG, R., *International Taxation*, West Publishing Company, St. Paul, 1999.

DOUVIER, P.; BOUZORAA, D., "France: Court of Appeals Confirms Incompatibility of CFC Rules with Tax Treaties. Decision of the Court of Appeals of Paris of 30 January 2001", *ET*, núm. 5, 2001, pp. 184 a 186.

DOYLE, H., "Is Article 26 of the Netherlands-United States Tax Treaty Compatible with EC Law?", *ET*, núm. 1, 1995, pp. 14 a 22.

DU TOIT, C., *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, IBFD, Amsterdam, 1999.

EASSON, A., "Do We Still Need Tax Treaties?", *BIFD*, núm. 12, 2000, pp. 619 a 626.

EBENROTH, C.; DAIBER, C., "Dual-Resident companies under german law", *ET*, núm. 7, 1990, pp. 175 a 178.

EDUARDES-KER, M., *Tax Treaty Interpretation*, In-Depth Publishing, Londres, 1994.

EILERS, S.; WATKINS, M., "Article 28 of the German-U.S. Double Taxation Treaty of 1989: An Appropriate Solution to the Treaty Shopping Problem", *TPI*, núm. 9, 1993, pp. 15 a 20.

ELLIS, M.; FALKE, R., "Limitation-on-Benefits Article from the Dutch Perspective", *TNI*, núm. 27, 1992, pp. 1474 a 1475.

ELLIS, M., "Access to Tax Treaty Benefits: Procedural Aspects. The Netherlands", *TMIF*, núm. 3, 1996, pp. 27 a 29.

ELLIS, M., "Are Measures to Curb Harmful Tax Competition Necessary?", *ET*, núm. 3, 1999, pp. 78 a 80.

ELVIRA BENITO, D., "El concepto de establecimiento permanente ante el comercio electrónico: una revisión necesaria", *Impuestos*, núm. 23, 2000, pp. 9 a 31.

EMMELUTH, C., "Access to Tax Treaty Benefits: Procedural Aspects. Denmark", *TMIF*, núm. 3, 1996, pp. 11 a 12.

ESEVERRI MARTÍNEZ, E., "La definición del sujeto pasivo en el Impuesto sobre Sociedades", *REDF*, núm. 30, 1981, pp. 315 a 328.

ESEVERRI MARTÍNEZ, E., "Artículo 24", en VV.AA., *La reforma de la Ley General Tributaria. Análisis de la Ley 25/1995 de 29 de julio*, Cedecs, Barcelona, 1995, pp. 25 a 38.

ESSERS, P.; DE BONT, G.; KEMMEREN, E. (Coords.), *The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax Treaties with EC Law*, Kluwer Law International, Londres, 1998.

ESTEVE PARDO, M.L., *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

FABER, P., "Determining the Owner of an Asset For Tax Purposes", *Taxes-The Tax Magazine*, núm. 12, 1983, pp. 795 a 812.

FALCÓN Y TELLA, R., *Análisis de la transparencia tributaria*, IEF, Madrid, 1984.

FALCÓN Y TELLA, R., "Interpretación económica y seguridad jurídica", *CT*, núm. 68, 1993, pp. 25 a 31.

FALCÓN Y TELLA, R., "El fraude a la ley tributaria como mecanismo para gravar determinadas economías de opción", *RTT*, núm. 31, 1995, pp. 55 a 73.

FALCÓN Y TELLA, R., "Negocios fiduciarios: régimen tributario", *BICAM*, núm. 16, 2000, pp. 195 a 212.

FARRÉ ESPAÑOL, J.M., *La doble imposición. Modelo OCDE 1992*, Einia, Barcelona, 1994.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.; CALVO CARAVACA, A., *Derecho mercantil internacional*, Tecnos, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ GARCÍA, L.; SERRANO SORDO, T., "Responsabilidad Patrimonial de los Estados Miembros por incumplimiento del Derecho Comunitario", *NUE*, núm. 156, 1998, pp. 91 a 117.

FERNÁNDEZ PÉREZ, J.R., "Medidas y disposiciones contra la elusión fiscal internacional a través de sociedades base y de sociedades instrumentales", *CFIT*, núm. 14, 1991, pp. 1 a 12.

FERREIRO LAPATZA, J.J., "Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal", *RTT*, núm. 52, 2001, pp. 33 a 62.

FINNEY, M., "Go via Mauritius or UAE", *ITR*, noviembre, 1994, pp. 8 a 10.

FOCK, "Sitztheorie im deutschen internationalen Steuerrecht nach der Centros-Entscheidung", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, núm. 1, 2000, pp. 42 a 53.

FONSECA CAPDEVILLA, E., "Tributación de las operaciones financieras: opciones, futuros, swaps y frans", *CaT*, núm. 112, 1990, pp.

FORNS, J.J., *La doble imposición internacional*, Cámara Oficial de Comercio de Madrid, Madrid, 1960.

FORT, R., "Russia's Double Tax Treaties: The significance of beneficial ownership", *Eastern Europe Reporter*, núm. 6, 1998, pp. 215 a 217.

FOURNIER, C., "U.S.-France treaty tightens limitation of benefits, adds pensions provisions", *TJIT*, núm. 11, 1994, pp. 488 a 496.

FROMMEL, S.N., "EEC companies and migration: a set-back for Europe", *Intertax*, núm. 12, 1988, pp. 409 a 416.

FROMMEL, S.N., "The Real Seat Doctrine and Dual-Resident Companies under German Law: Another View", *ET*, núm. 10, 1989, pp. 267 a 274.

GALLEGO ANABITARTE, A., *et al.*, *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

GALLO, F.; CASERTANO, G., "The Clause Anti-abuse in the Italian Double Tax Treaties and their Compatibility with the EC Law", *Intertax*, núm. 12, 1995, pp. 649 a 656.

GARCÍA MUNIOZGUREN, J.I., "Tax Treaty Trends", *ET*, núm. 8, 1997, pp. 319 a 322.

GARCÍA NOVOA, C., "La modificación de la cláusula antiabuso del art. 110 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades", *RTT*, núm. 54, 2001, pp. 19 a 54.

GARCÍA PRATS, F.A., "Los cánones en los convenios de doble imposición y su tributación", *RGD*, núm. 579, 1992, pp. 1163 a 1172.

GARCÍA PRATS, F.A., "Problemas internacionales de la tributación de los *partnerships*. Reunión de la IFA de 1995", *RDFHP*, núm. 238, 1995, pp. 1003 a 1044.

GARCÍA PRATS, F.A., *El establecimiento permanente*, Tecnos, Madrid, 1996.

GARCÍA PRATS, F.A., "Convenios de doble imposición, establecimientos permanentes y Derecho comunitario (Consideraciones en torno a los casos Royal Bank of Scotland y Saint Gobain)", *NUE*, núm. 1991, 2000, pp. 9 a 54.

GARCÍA PRATS, F.A., "La propuesta de directiva de imposición sobre el ahorro: algunos apuntes", *CT*, núm. 96, 2000, pp. 31 a 62.

GARCÍA PRATS, F.A., "La asistencia mutua en materia de recaudación tributaria", *CT*, núm. 101, 2001, pp. 87 a 120.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La *Sitztheorie* es incompatible con el Tratado CE (Algunas cuestiones del Derecho internacional de sociedades iluminadas por la Sentencia TJCE de 9 de marzo de 1999)", *RDM*, núm. 232, 1999, pp. 645 a 686.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La sentencia centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de sus comentarios", *RJUAM*, núm. 4, 2001, pp. 169 a 202.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La sentencia Centros: el *status quaestionis* un año después", *NUE*, núm. 195, 2001, pp. 79 a 95.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El traslado del domicilio social al extranjero: una visión facilitadora", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 16, 2001, pp. 107 a 140.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 217, 2002, pp. 7 a 38.

GARRIGUES DÍAZ-CANABATE, J., *Negocios fiduciarios en Derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1976.

General Explanation of the Tax Reform Act of 1996, Prentice Hall, Inc., Englewood Cliffs, 1987.

GODFREY, H., *Handbook on Tax-Exempt Organizations*, Prentice Hall, Inc., Nueva Jersey, 1983.

GÓMEZ CABRERA, C., *La discrecionalidad de la Administración Tributaria*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

GÓMEZ CALLEJA, I., "Las medidas anti-elusión en los convenios para evitar la doble imposición internacional", *GF*, núm. 206, 2002, pp. 143 a 161.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, M., *La tributación de la renta obtenida por las sociedades profesionales*, Colex, Madrid, 1999.

GONZÁLEZ POVEDA, V., "Convenio con los Estados Unidos: entrada en vigor y ámbito subjetivo", *TF*, núm. 7, 1991, pp. 44 a 52.

GONZÁLEZ POVEDA, V., "Tributación de los intereses en el convenio con los Estados Unidos", en MARTÍNEZ LAFUENTE, A. (dir.), *Estudios sobre el convenio entre España y Estados Unidos para evitar la doble imposición*, GF, Madrid, 1991, pp. 243 a 263.

GONZÁLEZ POVEDA, V., *Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América*, CISS, Valencia, 1991.

GONZÁLEZ POVEDA, V., "Instrucción del "Inland revenue service" para la aplicación del Convenio de doble imposición entre España y los Estados Unidos de América. (I)", *TF*, núm., 17, 1992, pp. 39 a 58.

GONZÁLEZ POVEDA, V., "Instrucción del "Inland revenue service" para la aplicación del Convenio de doble imposición entre España y los Estados Unidos de América. (II)", *TF*, núm., 18, 1992, pp. 47 a 64.

GONZÁLEZ POVEDA, V., "Instrucción del "Inland revenue service" para la aplicación del Convenio de doble imposición entre España y los Estados Unidos de América. (y III)", *TF*, núm., 19, 1992, pp. 45 a 53.

GONZÁLEZ POVEDA, V., *Tributación de no residentes*, La Ley, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., *El fraude de ley en materia tributaria*, Plaza Universitaria Ediciones, Salamanca, 1993.

GOOSSEN, H., "Limiting Treaty Benefits", *The International Tax Journal*, núm. 1, 1993, pp. 14 a 46.

GOUTHIERE, B., "France: New Tax Treaty with the United States", *ET*, núm. 3, 1995, pp. 95 a 100.

GRADY, K., "Income tax treaty shopping: an overview of prevention techniques", *Northwestern Journal of International Law & Business*, núm. 5, 1983, pp. 626 a 657.

GRAU RUIZ, M.A., *La cooperación internacional para la recaudación de tributos*, La Ley, Madrid, 2000.

GRUNDY, M., *The World of International Tax Planning*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984.

HAMEN VAN DAM, J., "Changes in Netherlands Ruling Policy Released", *TPIR*, núm. 5, 2001, pp. 19 y 20.

HAMAEKERS, H., "Corporate Tax Policy and Competence of the European Community: An EC Tax Convention with Non-Member States", *ET*, núm. 12, 1990, pp. 358 a 361.

HAMAEKERS, H., "Precios de transferencia: Historia, evolución y perspectivas", *REET*, núm. 3, 1999, pp. 9 a 71.

HAMAEKERS, H., "Tackling Harmful Tax Competition –a Round Table on the Code of Conduct", *ET*, núm. 9, 2000, pp. 398 a 400.

HACCIUS, C., *Ireland in International Tax Planning*, IBFD, Amsterdam, 1995.

HEGGY, L., "Withholding Tax on Payments to Foreign Payees: A (Cargo) Pocket Guide to the New Regulations", *TMIJ*, núm. 10, 2000, pp. 547 a 565.

HINNEKENS, L., "The application of anti-treaty shopping provisions to Belgian coordination centers", *Intertax*, núm. 8/9, 1989, pp. 350 a 361.

HINNEKENS, L., "Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law. The Rules", *EC Tax Review*, núm. 4, 1994, pp. 146 a 165.

HINNEKENS, L., "Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law - Applications of the Rules", *EC Tax Review*, núm. 4, 1995, pp. 202 a 237.

HINNEKENS, L., "Tax treaty shopping and anti-tax treaty shopping measures", *Skatteret*, núm. 14, 1996, pp. 97 a 114.

HINNEKENS, L., "Uncertainties in the Interpretation of the General Anti-Avoidance Statue", *ET*, núm. 9, 1999, pp. 338 a 342.

HINNEKENS, L., "European Commission introduces beneficial ownership in latest tax directives proposals adding to the confusion with regard to its meaning", *EC Tax Review*, núm. 1, 2000, pp. 44 y 45.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., *La regulación de los movimientos internacionales de capitales desde una perspectiva europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

HÜBNER, B., "Abuse of Double Tax Conventions", *ET*, núm. 7, 1988, pp. 207 a 210.

HUISKAMP, J.; BRACEWELL-MILNES, B.; WISSELINK, M., *International Tax Avoidance*, vol. A, Kluwer, Deventer, 1979.

HURTADO GONZÁLEZ, J.F., "La aplicación del concepto de establecimiento permanente a la tributación del comercio electrónico", *REDF*, núm. 107, 2000, pp. 379 a 412.

IBFD, "Further attacks on treaty shopping", *ET*, núm. 5/6, 1981, pp. 141 a 156.

IBFD, *International Tax Glossary*, IBFD, Amsterdam, 3ª ed., 1996.

IBFD, *Tax Treaties Data Base*, IBFD, Amsterdam, actualización periódica.

IFA, *International Tax Treatment of Common Law Trusts*, Kluwer Law and Taxation Publisher, 1988.

IFA, *How Domestic Anti-Avoidance Rules Affect Double taxation Conventions*, Kluwer Law International, La Haya, 1995.

IFA, *The OECD Model Convention - 1998 and beyond; The concept of beneficial ownership in tax treaties*, Kluwer Law International, La Haya, 2000.

IFA, *Abusive Application of International Tax Agreements*, Kluwer Law International, La Haya, 2001.

Institute for Fiscal Studies, *Tax Avoidance: A report by the tax law review committee*, IFS, Londres, 1997.

International Income Taxation. Code, & Regulations. Selected Sections, Commerce Clearing House, Inc., Chicago, 1993.

JACOB, F.; EILERS, S.; TRIES, H.; RIENSTRA, J.; SCHIESSL, M., *Handbook on the 1989 Double Taxation Convention between the Federal Republic of Germany and the United States of America*, IBFD, Ámsterdam, 1991.

JEFFERY, R., *The Impact of State Sovereignty on Global Trade and International Taxation*, Kluwer Law International, Londres, 1999.

JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J., "Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública", *Documentación Administrativa*, núm. 246/247, 1997, pp. 393 a 416.

KAPLAN, P., "The Shoppable Treaty: Should it Become Extinct?", *TMIJ*, núm. 6, 1982, pp. 3 a 12.

KAPLAN, P., "Reasons, old and new, for the erosion of United States Tax Treaties", *BTR*, núm. 4, 1986, pp. 211 a 227.

KAPLAN, P., "Treaty Shopping Under the New US-Netherlands Treaty", *BIFD*, núm. 47, 1993, pp. 175 a 180.

KEIJZER, H.; LARKING, B., "Netherlands/U.S. Protocol to counter tax haven structures", *ITR*, núm. 12, 1993, pp. 1 a 4.

KEMMEREN, E., "EC Law: Specific observations", en ESSERS, P.; DE BONT, G.; KEMMEREN, E. (Coords.), *The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax Treaties with EC Law*, Kluwer Law International, Londres, 1998, p. 17 a 40.

KILLIUS, J., "Access to Tax Treaty Benefits: Procedural Aspects. Germany", *TMIF*, núm. 3, 1996, pp. 16 y 18.

KINGSON, C., "The Coherence of International Taxation", *Columbia Law Review*, vol. 81, núm. 6, 1981, pp. 1151 a 1289.

KLUGE, V., *Das deutsche Internationale Steuerrecht*, Verlag C.H. Beck, Munich, 1992.

KNECHTLE, A., *Basic Problems in International Fiscal Law*, Kluwer, Deventer, 1979.

KILLIUS, J., "The concept of 'beneficial ownership' of items of income under German tax treaties", *Intertax*, núm. 8/9, 1989, pp. 340 a 344.

KIM, J., "The U.S.-West German Income Tax Treaty: Can Article 28's Limitation on Benefits Serve As a Model for the Treasury's Anti-Treaty Shopping Policy", *The Tax Lawyer*, núm. 4, 1990, pp. 983 a 1006.

KORT, J., "Why Article 14 (Independent Personal Services) was Deleted from the OECD Model Tax Convention", *Intertax*, núm. 3, 2001, pp. 72 a 76.

LANG, M., *et al.*, *Multilateral Tax Treaties*, Kluwer, Londres, 1998.

LANG, M., *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, Kluwer Law International, 2000.

LAGARES GÓMEZ-ABASCAL, J.J., "El nuevo régimen de retenciones para las inversiones financieras en los Estados Unidos", *GF*, núm. 201, 2001, pp. 55 a 64.

LANGEREIS, CH.; VAN HERKSEN, M., "International Aspects of Dutch Financing Companies", *Intertax*, núm. 6/7, 1997, pp. 265 a 272.

LARRAZ, J., *Metodología aplicativa del Derecho tributario*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952.

LE GALL, J., "Treaty shopping: the French policy", *Intertax*, núm. 8/9, 1989, pp. 364 a 369.

LERNER, P.; LEOVITZ, M.; PRIDJIAN, J., "Treaty Shopping and U.S. Tax Policy: New Approaches", *TPIR*, núm. 10, 1992, pp. 31 a 37.

LOENGARD, R., "A (modest) proposal to reconsider the limitation on benefits provision of US tax treaties", en VV.AA., *Essays on International Taxation*, Kluwer, Deventer, 1993, pp. 275 a 286.

LÓPEZ ESPADAFOR, C., *Fiscalidad internacional y territorialidad del tributo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

LOUKOTA, H., "International tax planning and treaty shopping-An Austrian view", *Intertax*, núm. 8/9, 1989, pp. 347 a 358.

LUKOFF, F., "Dividends, Interest, Royalties: The 'Beneficial Ownership' Change in the 1974 Amendments To the OECD Draft Convention", *Taxes-The Tax Magazine*, núm. 8, 1977, pp. 566 a 567.

LESSER, P., "Access to Tax Treaty Benefits: Procedural Aspects. United States", *TMIF*, núm. 3, 1996, pp. 38 y 44.

LODIN, S.; GAMMIE, M.; "The Taxation of the European Company", *ET*, núm. 8, 1999, pp. 286 a 294.

LÓPEZ GARRIDO, D., *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Tecnos, Madrid, 1986.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., "Comentarios a la resolución del TJCE en el caso *Verkooijen*", *CT*, núm. 96, 2000, pp. 151 a 157.

LUCAS DURÁN, M., *La tributación de los dividendos internacionales*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

LUCAS DURÁN, M., *Fiscalidad internacional de rentas financieras*, Edersa, Madrid, 2001.

LÜTHI, D., "Countering the abuse of tax treaties-A Swiss view", *Intertax*, núm. 8/9, 1989, pp. 336 a 340.

MALDONADO GARCÍA-VERDUGO, A., "Ejercicios sobre competencia fiscal perjudicial en el seno de la Unión Europea y de la OCDE: semejanzas y diferencias", *CT*, núm. 97, 2001, pp. 37 a 60.

MALHERBE, J.; DELATTRE, O., "Compatibility of Limitation on Benefits Provisions with EC Law", *ET*, núm. 1, 1996, pp. 12 a 20.

MANGAS MARTÍN, A.; LIÑAN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

MARÍN-BARNUEVO FABO, D., *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho tributario*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

MARINO, G., *La residenza nel Diritto Tributario*, CEDAM, Padova, 1999.

MARTÍN ABRIL, D., "Los elementos personales en el nuevo impuesto sobre la renta de no residentes: obligaciones formales", en SERRANO ANTÓN, F. (coord.), *Fiscalidad Internacional*, CEF, Madrid, 2001, pp. 43 a 59.

MARTÍNEZ LAFUENTE, A., "Notas sobre la tributación de no residentes", *Impuestos*, 1986-I, pp. 101 a 124.

MARTÍNEZ, J.M., *Characterization problems arising from electronic problems*, tesis presentada para la obtención de grado de Masters in International Taxation, de la Universidad de Leiden (Holanda), agosto, 2000.

MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., "EC Law and Clauses on Limitation of Benefits in Treaties with the US after Maastricht and the US-Netherlands Tax Treaty", *EC Tax Review*, núm. 2, 1995, pp. 78 a 88.

MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., "Jurisprudencia del TJCE", *REDF*, núm. 99, 1998, pp. 483 a 486.

MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., "Jurisprudencia del TJCE", *REDF*, núm. 103, 1999, pp. 583 a 584.

MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community*, Kluwer, Londres, 1999.

MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.; CALDERÓN CARRERO, J.M., *Imposición directa y no discriminación comunitaria*, Edersa, Madrid, 2000.

MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.; GARCÍA PRATS, F.A.; CALDERÓN CARRERO, J.M., "Triangular Cases, Tax Treaties and EC Law: The *Saint-Gobain* Decision of the ECJ", *BIFD*, núm. 6, 2001, pp. 241 a 253.

MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., "Tax Planning Opportunities Under Spain's New PE Regime", *TNI*, núm. 1, 2001, pp. 91 a 99.

MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., "El concepto de ayuda de Estado y las normas tributarias: problemas de delimitación del ámbito de aplicación del art. 87.1 TCE", *NUE*, núm. 196, 2001, pp. 81 a 116.

MCCARTHY, C., "The SDI Case: Tax Court Ruling on Cascading Royalty Payments", *ET*, núm. 2, 1997, pp. 62 a 69.

MCCARTHY, C., "Switzerland: New Tax Treaty with the United States", *ET*, núm. 4, 1997, pp. 110 a 117.

MCDANIEL, P.; AULT, H., *Introduction to United States International Taxation*, Kluwer Law International, La Haya, 1998.

MEDINA, E.; CARREÑO, F., "Tax Treatment of Currency Swap Payments Received by Non-residents", *DFI*, núm. 1, 1999, pp. 20 a 23.

Ministerio de Economía y Hacienda, *Informe para la reforma del impuesto sobre sociedades*, Secretaría de Estado de Hacienda, Madrid, 1994.

MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *La tributación de las operaciones vinculadas*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

MORRISON, P.; BENNETT, M., "The New U.S.-Netherlands Treaty: Part I- Limitation on Benefits and Related Issues", *TNI*, núm. 2, 1993, pp. 331 a 344.

MORRISON, P.; BENNETT, M., "The New U.S.-Netherlands Treaty: Part II", *TNI*, núm. 3, 1993, p. 601 a 610.

MUNTENDAM, F., "Luxembourg: New Tax Treaty with the United States", *ET*, núm. 12, 1996, pp. 386 a 406.

MURRAY, D., "Access to Tax Treaty Benefits: Procedural Aspects. Ireland", *TMIF*, núm. 3, 1996, pp. 19 a 21.

NEUMARK, F., *Principios de la imposición*, 2ª ed., IEF, Madrid, 1994.

NMB Bank, *Trust and Management Services in the Netherlands*, NMKB trust, Ámsterdam, 1988.

OCDE, *International Tax Avoidance and Evasion. Four Related Studies*, OECD, París, 1987.

OCDE, "Tax Treaty Override", *TNI*, núm. 1, 1990, pp. 25 a 33.

OCDE, *Taxation of new financial instruments*, OECD, París, 1994.

OCDE, *Controlled Foreign Company Legislation*, OECD, París, 1996.

OCDE, "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", en *Model Tax Conventions on Income and on Capital*, II, OCDE, París, 1997.

OCDE, *Tax Sparing: A Reconsideration*, OECD, París, 1998.

OCDE, *Harmful Tax Competetion: An Emerging Global Issue*, OECD, París, 1998.

OCDE, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*, OECD, París, 1999.

OCDE, *Issues Related to Article 14 of the OECD Model Tax Convention*, OECD, París, 2000.

OCDE, *Draft contents of the 2002 update to the Model Tax Convention*, documento aprobado el 2 de octubre de 2001 (que puede encontrarse en la siguiente página de internet <http://www.oecd.org/pdf/M00018000/M00018559.pdf9>).

O'DONNELL, T.; MARCOVICI, P.; MICHAELS, M., "The New U.S. Withholding Tax Regime: To Be or Not To Be, a Qualified Intermediary", *TPIR*, núm. 6, 2000, pp. 3 a 9.

OFFERMANN, R.; ROMANO, C., "Treaty benefits for permanent establishments: the Saint-Gobain case", *ET*, núm. 5, 2000, pp. 180 a 189.

OGLEY, A., *Principles of International Tax*. Interfisc Publishing, Londres, 1993.

OLALDE MARTÍN, T.; DE LUIS DÍAZ MONASTERIO, F.; DE JUAN PEÑALOSA, J.L.; DE LUIS VILLOTA, F., "El convenio para evitar la doble imposición entre España y Estados Unidos", *CaT*, núm. 107, 1990, pp. 1 a 13.

OLIVER, J.D., "Access to tax treaties", *Intertax*, núm. 8/9, 1989, p. 330.

OLIVER, J., *et al.*, C., "Beneficial Ownership", *BIFD*, núm. 7, 2000, pp. 310 a 325.

OLIVER, J., "The Parent-Subsidiary Directive of 23 July 1990: a United Kingdom perspective", *EC Tax Review*, núm. 4, 2001, pp. 211 a 220.

ONU, *Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo*, ONU, Nueva York, 1980.

ONU, *Contributions to International Co-operation in tax matters (Treaty shopping, thin capitalization, co-operation between tax authorities, resolving international tax disputes)*, Ref. ST/ESA/203, ONU, Nueva York, 1988.

ORÓN MORATAL, G. (coord.), *Los nuevos impuestos sobre la renta de las personas físicas y sobre la renta de no residentes*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.

OSTERWEIL, E., "OECD Report on Harmful Tax Competition and European Union Code of Conduct Compared", *ET*, núm. 6, 1999, pp. 198 a 202.

OWENS, J.; FENSBY, T., "Is There a Need to Re-Evaluate Tax Sparing", *ET*, núm. 5/6, 1998, pp. 152 a 156.

PALAO TABOADA, C., "El fraude a la ley en Derecho tributario", *RDFHP*, núm. 63, 1966, pp. 677 a 695.

PALAO TABOADA, C., "La elusión fiscal mediante sociedades", *REDF*, núm. 15/16, 1977, pp. 775 a 790.

PALAO TABOADA, C., *Ordenanza Tributaria Alemana*, IEF-Ministerio de Hacienda, Madrid, 1980.

PALAO TABOADA, C., "Economía y Derecho en la aplicación de las leyes tributarias", *CT*, núm. 73, 1995, pp. 69 a 75.

PALAO TABOADA, C., "Notas a la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria (II)", *RCT*, núm. 155, 1996, pp. 3 a 20.

PALAO TABOADA, C., "Tipicidad e igualdad en la aplicación de las normas tributarias (La prohibición de la analogía en Derecho tributario)", *AFDUAM*, núm. 1, 1997, pp. 219 a 243.

PALAO, "¿Existe el fraude a la ley tributaria?", *RCT*, núm. 182, 1998, pp. 5 a 27.

PALAO TABOADA, C., "Límites a la aplicación de la norma española contra la subcapitalización: estado de la cuestión", *RTT*, núm. 46, 1999, pp. 45 a 58.

PALAO TABOADA, C., "La aplicación de los convenios de doble imposición a las sociedades personalistas: El informe de la OCDE de 1999", *RCT*, núm. 209/210, 2000, pp. 57 a 62.

PALAO TABOADA, C., "El atolladero del fraude a la ley tributaria", *RCT*, núm. 209/210, 2000, pp. 139 a 147.

PALAO TABOADA, C., "Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria", *CT*, núm. 98, 2001, pp. 127 a 139.

PALUMBO, G., "Anti-Avoidance and the 1992 OECD Model Convention", *TPIR*, núm. 9, 1994, pp. 3 a 8.

PAZ-ARES, C., "Uniones de empresas y grupos de sociedades", *RJUAM*, núm. 1, 1999, pp. 223 a 252.

PÉREZ ARRÁIZ, J., *El fraude de ley en el Derecho tributario*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

PÉREZ DE LAS HERAS, B., *Las libertades económicas comunitarias*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1995.

PÉREZ GONZÁLEZ, C., *Responsabilidad del Estado frente a particulares por incumplimiento de Derecho comunitario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

PETERS, J.; HOLDEM, K.; SMITH, N., "Dividend mixer companies and the new US/DUTCH pact", *ITR*, núm. 2, 1995, pp. 1 a 5.

PHILLIPS, J., *International Tax Treaty Networks*, vol. I, ESC International, 1995.

PICCIOTTO, S., *International Business Taxation*, Quorum Books, Nueva York, 1992.

PIJL, H., "The Definition of Beneficial Owner under Dutch Law", *BIFD*, núm. 6, 2000, pp. 256 a 260.

PILJ, H.; HÄHLEN, W., "The New Advance Pricing Agreement and Advance Tax Ruling Practice in the Netherlands", *BIFD*, núm. 12, 2001, pp. 614 a 629.

PISTONE, P., "L'abuso delle convenzioni internazionali in materia fiscale", en UCKMAR, V. (Coord.), *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, CEDAM, Padova, 1999, pp. 483 a 541.

PISTONE, P.; ROMANO, C., "Short Report on the Proceedings of the 54th IFA Congress, Munich 2000", *BIFD*, núm. 1, 2001, pp. 35 a 43.

PISTONE, P., "Domestic Anti-Abuse Provisions and Tax Treaties: A Comparative Analysis between Italy and Belgium", *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, núm. 3, 2000, pp. 101 a 114.

PLAMBECK, C.; ROSENBLOOM, H.; RING, D., "Aspectos fiscales de los instrumentos financieros derivados", *CDFI*, LXXXb, Kluwer, La Haya, 1995, pp. 781 a 823.

PRIETO JANO, M^a.J., "La planificación fiscal internacional en el ámbito de la Unión Europea. La elusión fiscal", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 11, 1995, pp. 121 a 134.

PROKISCH, R., "Does it Make Sense if We Speak of an International Tax Language", en VOGEL, K. (ed.), *Interpretation of Tax Law and Treaties and Transfer Pricing in Japan and Germany*, Kluwer Law International, La Haya, 1998, pp. 103 a 110.

RÄDLER, A.; LAUSTERER, M.; BLUMENBERG, J., "Tax Abuse and EC Law", *EC Tax Review*, núm. 2, 1997, pp. 86 a 101.

RÄDLER, A., "Limitation of Treaty Benefits in Germany", en VV.AA. *International Studies in Taxation: Law and Economic*, Kluwer Law International, Londres, 1999, pp. 297 a 306.

RAMALLO MASSANET, J., "Derecho fiscal frente a Derecho civil: Discusión en torno a la naturaleza del Derecho fiscal entre L. Trota y F. Geny", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 46, 1973, pp. 7 a 37.

RAMALLO MASSANET, J., "Incrementos patrimoniales por operaciones entre no residentes", *CT*, núm. 66, 1993, pp. 55 a 65.

RAMALLO MASSANET, J., "La directiva 90/435/CEE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales. La experiencia española", *IF*, núm. 43, 2001, pp. 11 a 32.

RAMÍREZ MEDINA, E., "Espagne: Les aspects fiscaux des instruments financiers dérivés", *CDFI*, LXXXb, Kluwer, La Haya, 1995, pp. 497 a 515.

RAPAKKO, A., *Base Company Taxation*, Kluwer, 1989.

RASMUSSEN, M.; BERNHART, D., "The Limitation on Benefits Provisions in the Tax Treaty with the United States", *ET*, núm. 4, 2001, pp. 138 a 153.

RAVENTÓS CALVO, S., "A Fiscal Cold War", *ET*, núm. 10/11, 1994, pp. 431 y 432.

RAVENTÓS CALVO, S., "Strict limitations on benefits in new Spain/U.S. pact-Part 3", *ITR*, núm. 4, 1994, pp. 6 a 11.

RAVENTÓS CALVO, S., "El *treaty shopping* en los últimos convenios de doble imposición firmados por España", *RESE*, núm. 21, 1995, pp. 60 a 79.

RAVENTÓS CALVO, S., "Tax Authorities Recant on Luxembourg SOPARFIs", *ET*, 1995, pp. 266 y 267.

REINARZ, P., "Swiss/US pact sets strict limitation on benefits", *ITR*, núm. 12, 1996, pp. 1 a 6.

REINARZ, P., "Switzerland: Revised Swiss Anti-Treaty Shopping Rules", *BIFD*, núm. 3, 1999, pp. 116 a 117.

REINARZ, P., "Treaty Shopping and the Swiss Withholding Tax Trap", *ET*, núm. 11, 2001, pp. 415 a 422.

REMIRO BROTONS, A., *Derecho Internacional Publico. Derecho de los Tratados*, tomo 2, Tecnos, Madrid, 1987.

REMIRO BROTONS, A., *et al.*, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation, (Ruding Report), Office for Official Publications of the European Communities, Bruselas, 1992.

RIBES RIBES, A., *La interpretación de los convenios para evitar la doble imposición*, Tesis Doctoral inédita, Alicante, 2001.

RIVIER, J., "La residencia fiscal de las sociedades", en *CDFI*, vol. LXXIIa, Kluwer, 1987, pp. 113 a 143.

RIVIER, J., "Le recours à un critère subjectif pour définir l'usage abusif des conventions de double imposition conclues par les Etats-Unis: conclues par les Etats-Unis: l'exemple de l'Euro-holding", *RDADF*, núm. 3/4, 1998, pp. 305 a 314.

ROMANO, C., "Holding Company Regimes in Europe: A Comparative Survey", *ET*, núm. 7, 1999, pp. 256 a 269.

ROMYN, M., "De uiteindelijk gerechtigde; Wie geniet inkomsten voor verdragsdoeleinden?", en *Van Dijck Bundel*, FED, Deventer, 1988.

ROSENBLOOM, H.; LANGBEIN, S., "United States Tax Treaty Policy: An Overview", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 19, 1981, pp. 359 a 406.

ROSEMBLOOM, H., "Tax Treaty Abuse: Policies and Issues", *Law and Policy in International Business*, núm. 15, 1983, pp. 763 a 830.

ROSENBLOOM, H., "Review: OECD Report Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", *Intertax*, núm. 6/7, 1988, pp. 179 a 182.

ROSENBLOOM, H., "Derivative benefits: Emerging US treaty policy", en VV.AA., *Essays on International Taxation*, Kluwer, Deventer, 1993, pp. 335 a 340.

ROSEMBUIJ, T., *Fiscalidad Internacional*, IFI-Marcial Pons, Madrid, 1998.

ROSEMBUIJ, T., *El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el Derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

ROTH, W., "Case Law: Court of Justice: Case C-212/97 Centros", *CMLR*, núm. 37, 2000, pp. 147 a 155.

ROTONDARO, C., "Tax Treaty Implications of Non-Recourse Sales of Credit", *ET*, núm. 4/5, 1999, pp. 161 a 165.

ROWLAND, A., "Beneficial Ownership in a Corporate Context: What is It? When is It Lost? Where does It Go?", *BTR*, núm. 3, 1997, pp., 178 a 187.

RUIZ GARCÍA, J.R., *La deducción por dividendos en el sistema tributario español*, Civitas, Madrid, 1991.

RUIZ TOLEDANO, J.I., *El fraude de ley y otros supuestos de elusión fiscal*, CISS, Valencia, 1998.

RUIZ ZAPATERO, G., "Inversiones extranjeras en España: estructuras internacionales", materiales de la ponencia presentada el día 25 de noviembre de 2000 en el CEF en el curso sobre *Planificación fiscal internacional*.

SADIQ, K., "Unitary Taxation -The Case for Global Formulary Apportionment", *ET*, núm. 7, 2001, pp. 275 a 286.

SAINZ DE BUJANDA, F., "Análisis jurídico del hecho imponible", *Hacienda y Derecho*, vol. IV, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, pp. 262 a 609.

SAINZ DE BUJANDA, F., "La capacidad jurídica tributaria de los entes colectivos no dotados de personalidad", *Hacienda y Derecho*, vol. V, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, pp. 315 a 487.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, tomo I, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

SÁNCHEZ CALERO, F., *La sociedad cotizada en bolsa en la evolución del Derecho de sociedades*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001

SÁNCHEZ LORENZO, S., "El Derecho europeo de sociedades y la sentencia centros: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario", *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo 0, 2000, pp. 115 a 157.

SANCHO VILLA, D., "La teoría de la sede y el Derecho comunitario: a propósito de la sentencia Centros", *RJUAM*, núm. 4, 2001, pp. 203 a 210. También en *REEI*, núm. 2 (<http://www.reei.org>)

SANTOS, A.C., "Point J of the Code of Conduct or the Primacy of Politics over Administration", *ET*, núm. 9, 2000, pp. 417 a 421.

SANZ GADEA, E., *Transparencia fiscal internacional*, CEF, Madrid, 1996.

SAUNDERS, R., "Principles of International Tax Planning", *TPIR*, 1991, pp. 1 a 4.

SAUNDERS, R., "How much longer will treaty shopping be allowed?", *TPIR*, núm. 1, 1995, pp. 20 a 25.

SAUNDERS, R., *International Tax Systems and Planning Techniques*, Sweet & Maxwell, Londres, 2000.

SERRANO ANTÓN, F., "La transparencia fiscal internacional en los ordenamientos español y americano", en *Presente y futuro de la imposición directa en España*, Lex Nova-AEAF, Valladolid, 1997, pp. 649 a 668.

SERRANO ANTÓN, F., "Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los convenios para evitar la doble imposición: Historia, tipos, fines, estructura y aplicación", en SERRANO ANTÓN, F. (coord.), *Fiscalidad internacional*, CEF, Madrid, pp. 87 a 126.

SERRANO GONZÁLEZ MURILLO, J.L.; MERINO JARA, I., "El levantamiento del velo en el marco de la defraudación tributaria", *RDFHP*, núm. 231/232, 1994, pp. 667 a 686.

SHAFFNER, J., "Highlights of the new United States-Luxembourg Double Tax Treaty", *BIFD*, núm. 4, 1997, pp. 162 a 171.

SCHAFFNER, J., "Luxembourg Soparfi regime remains attractive", *BIFD*, núm. 8/9, 1998, pp. 389 a 397.

SCHINABECK, M., "The Limitation on Benefits Article of the U.S.-France Tax Treaty", *TMIJ*, núm. 1, 1996, pp. 26 a 40.

SCHUCH, J.; TOILF, G., "Austria: Highlights of the New Tax Treaty with the United States", *ET*, núm. 1, 1998, p. 20 a 31.

SHANNON, H., "The general definition of residence under United States income tax treaties", *Intertax*, núm. 8/9, 1988, pp. 204 a 215.

SHAY, S., "Re-examining Chapter 3 income tax withholding and the role of the withholding agent", en VV.AA., *Essays on International Taxation*, Kluwer, Deventer, 1993, pp. 341 a 348.

SHERIDAN, D., "The Residence of Companies for Taxation Purposes", *BTR*, núm. 3, 1990, pp. 78 a 112.

SHORT, A.; FRIED, P., "Tax Court Rejects Cascading Royalty Theory: SDI Netherlands B.V. v. Comr.", *TMIJ*, núm. 1, 1997, pp. 18 a 26.

SKAAR, A., "Erosion of the Concept of Permanent Establishment", *Intertax*, núm. 5, 2000, pp. 188 a 194.

SOLER ROCH, M.T., "Una reflexión sobre el principio de residencia como criterio de sujeción al poder tributario", en *Presente y Futuro de la Imposición Directa*, Lex Nova-AEAF, Valladolid, 1997, pp. 65 a 78.

SOPENA GIL, J., "La eficacia de las leyes tributarias en el espacio", en *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma*, vol. 1, IEF, Madrid, pp. 325 a 335.

SPECTOR, P., "Limitations on Benefits under the New US-Netherlands Income Tax Treaty", *BIFD*, núm. 4, 1993, pp. 159 a 174.

SPECTOR, P.; SALOU, S., "The New U.S.-France Income Tax Treaty: Vive la Difference", *TMIJ*, núm. 2, 1995, pp. 90 a 102.

SPITZ, B., *Planificación fiscal internacional*, Deusto, Bilbao, 1991.

SPREAFICO, L., "Access to Tax Treaty Benefits: Procedural Aspects. Italy", *TMIF*, núm. 3, 1996, pp. 22 a 24.

STRAUCH, B., *Limitation on Benefits- Article 16 of the new Double Taxation Convention between the United States of America and the Federal Republic of Austria*, Universidad de Viena, Viena, 1997.

STRENG, W., "The U.S.-Netherlands Income Tax Convention. Historical Evolution of Tax Treaty Policy Issues including Limitation of Benefits", *BIFD*, núm. 1, 1991, pp. 11 a 17.

SCHWARZ, J., "Economía de opción (*treaty shopping*) en tratados fiscales y rentas del capital", *Zergak. Gaceta Jurídica del País Vasco*, núm. 3, 1994, pp. 67 a 73.

TAPIA HERMIDA, A.J., *Derecho del Mercado de Valores*, Bosch, Barcelona, 2000.

TERR, L., "Treaty routing vs. treaty shopping: Planning for multicountry investment flows under modern limitation on benefits articles", *Intertax*, núm. 12, 1989, pp. 521 a 530.

TERRA, B.; WATTEL, P., *European Tax Law*, Kluwer Law International, La Haya, 1997.

THILL, P.; MILHAC, E., "French Treaty brought up to date", *ITR*, octubre, 1995, pp. 8 a 12.

THÖMMES, O.; KIBLBÖCK, I., "Anti-Treaty Shopping Provisions", *ET*, núm. 4, 1994, pp. 116 y 117.

THÖMMES, O.; EICKER, K., "Limitation on benefits: the German view Sec. 50D(1A) Individual Income Tax Act and EC law issues", *ET*, núm. 1, 1999, pp. 9 a 13.

TILLINGHAST, D., "Ruling on Beneficial Ownership and Tax Residence Threatens U.S. Investment in India", *TNI*, núm. 2, 1996, pp. 79 a 80.

TÔRRES, H., *Direito Tributário Internacional. Planejamento tributário e operações transnacionais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

TOVILLAS MORÁN, J.M., *Estudio del Modelo de Convenio sobre renta y patrimonio de la OCDE de 1992*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

TROST, A., "El trust en la planificación fiscal internacional", en SERRANO ANTÓN, F. (coord.), *Fiscalidad internacional*, CEF, Madrid, 2001, pp. 595 a 612.

TROUP, E., "Of Limited Benefit: Article of the new U.S./Netherlands Double Tax Treaty considered", *BTR*, núm. 2, 1993, pp. 97 a 104.

TURRO, J., "U.S. and the Netherlands Sign Tax Treaty; Limitation-on-Benefits Article Breaks New Ground", *TNI*, núm. 27, 1992, pp. 1471 a 1476.

UCKMAR, V., "Influencia del domicilio, de la residencia y de la nacionalidad en el Derecho tributario", *RDFHP*, núm. 24, 1956, pp. 579 a 592.

URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, I, Civitas, Madrid, 1999.

UCKMAR, V., "Elusión fiscal y evasión fiscal", *CDFI*, vol. LXVIIIa, Kluwer, Deventer, 1983, pp. a .

VALENTE, P., "Elusione fiscale internazionale: strumenti unilaterali di contrasto e disposizioni convenzionali in materia di *treaty shopping*", *Diritto e Pratica Tributaria*, vol. 69, núm. 2, 1998, pp. 11 a 58.

VALENTE, P.; MAGENTA, M., "Analysis of Certain Anti-Abuse Clauses in the Tax Treaties Concluded by Italy", *BIFD*, núm. 1, 2000, pp. 41 a 46.

VAMVOUKOS, A., *Termination of Treaties in International Law (The Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude)*, Clarendon Press, Oxford, 1985.

VAN BRUNSCHOT, F.; KRIEG, H., "El sistema fiscal holandés en relación con los aspectos internacionales", *RDFHP*, núm. 225/226, 1993, pp. 727 a 733.

VAN BRUNSCHOT, F.; VAN WEEGHEL, S., "Netherlands-United States: The New Tax Convention", *ET*, núm. 6/7, 1993, pp. 191 a 209.

VAN DEN ENDE, R.; SMIT, P., "Netherlands/Portugal: European tax law influences the new tax treaty", *ET*, núm. 3, 2001, pp. 98 a 105.

VAN HERKSEN, M., "Limitation on Benefits and the Competent Authority Determination", *BIFD*, núm. 1, 1996, pp. 19 a 27.

VANISTENDAEL, F., "The Limits to the New Community Tax Order", *CMLR*, núm. 2, 1994, pp. 293 a 314.

VANISTENDAEL, F., "Reinventing source taxation", *EC Tax Review*, núm. 3, 1997, pp. 152 a 161.

VANISTENDAEL, F., "Judicial interpretation and the role of anti-abuse provisions in tax law", en COOPER, G. (ed.), *Tax Avoidance and the Rule of Law*, IBFD, Amsterdam, 1997, pp. 131 a 155.

VANISTENDAEL, F., "Impact of European tax law on tax treaties with third countries", *EC Tax Review*, núm. 3, 1999, pp. 163 a 170.

VANISTENDAEL, F., "Reflexiones sobre los convenios de doble imposición entre la Unión Europea y países terceros", *RESE*, núm. 34, 2000, pp. 50 a 61.

VANISTENDAEL, F., "Looking back: a decade of parent subsidiary directive – the case of Belgium", *EC Tax Review*, núm. 3, 2001, pp. 154 a 164.

VAN RAAD, K., *Non discrimination in International Tax Law*, Kluwer, Deventer, 1986.

VAN RAAD, K., "The Netherlands model income tax treaty", *Intertax*, núm. 8/9, 1988, pp. 241 a 250.

VAN RAAD, K., "The 1992 OCDE Model Treaty: triangular cases.", *ET*, núm. 9, 1993, pp. 298 a 301.

VAN RAAD, K., "International Coordination of Tax Treaty Interpretation and Application", *Intertax*, núm. 6/7, 2001, p. 1091 a 1104.

VAN THIEL, S., "Planificación fiscal y derecho de establecimiento en Europa", *Impuestos*, 1989-I, pp. 971 a 989.

VAN UNNIK, D.; BOUDESTEIJN, M., "The New US-Dutch Tax Treaty and the Treaty of Rome", *EC Tax Review*, núm. 2, 1993, pp. 106 a 115.

VAN WEEGHEL, S., "Abuse of Tax Treaties", *ET*, núm. 1, 1996, pp. 9 a 12.

VAN WEEGHEL, S., *The Improper Use of Tax Treaties*, Kluwer, Londres, 1998.

VIÑUALES, A., "Informe sobre la Legislación Fiscal y los procedimientos de imputación parcial de beneficios de las empresas con actividades en varios países", *HPE*, núm. 46, 1977, pp. 177 a 210.

VIRGÓS, M.; GARCIMARTÍN, F.J., "Pluralidad de fuentes y unidad interna del sistema español de competencia judicial internacional", *RJUAM*, núm. 1, 1999, pp. 253 a 278.

VISCHER, F., *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. III, Mohr Siebeck, Tubinga, 1994.

VOGEL, K., "Worldwide vs. Source taxation of income. A review and re-evaluation of arguments (Part I)", *Intertax*, núm. 8/9, 1988, pp. 216 a 229.

VOGEL, K., "Worldwide vs. Source taxation of income. A review and re-evaluation of arguments (Part II)", *Intertax*, núm. 10, 1988, pp. 310 a 320.

VOGEL, K.; SHANNON, H.; DOERNBERG, R.; VAN RAAD, K., *United States Income Tax Treaties*, vol. 1º, Kluwer, Boston, 1989.

VOGEL, K.; PROKISCH, R., "La interpretación de los convenios de doble imposición", *CDFI*, vol. LXXVIIIa, Kluwer, Deventer, 1993, pp. 123 a 157.

VOGEL, K., *On Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, Londres, 1997.

VOGEL, K., "Treaty News", *BIFD*, núm. 3, 1998, pp. 133 y 134.

VOGEL, K., "Which Method Should the European Community Adopt for the Avoidance of Double Taxation?", *BIFD*, núm. 1, 2002, pp. 4 a 10.

VOGEL, K., "Treaty News", *BIFD*, núm. 3, 2000, pp. 98 y 99.

VOGEL, K., "Treaty News", *BIFD*, núm. 3, 2001, pp. 91 y 92.

VV.AA., *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Civitas, Madrid, 1983.

VV.AA., *Las operaciones swap como instrumento para mejorar la financiación de la empresa*, Editorial Instituto de Empresa, Madrid, 1985.

VV.AA., *Guides to European Taxation: Guide I, The Taxation of Patent Royalties, dividends, interest in Europe*, IBFD, Amsterdam, 2000

VV.AA., *Guides to European Taxation: Guide II, The Taxation of Companies in Europe*, vol. 2º, IBFD, Amsterdam, 2000.

WALSH, M., "An Irish View of the New U.S.-Ireland Tax Treaty", *TNI*, núm. 5, 1997, pp. 323 a 332.

WARD, D., *et al.*, "The Other Income Article of Income tax Treaties", *BIFD*, núm. 8/9, 1990, pp. 409 a 424.

WARD, D., "Abuse of Tax Treaties", *Intertax*, núm. 4, 1995, pp. 176 a 186.

WARD, D., *et al.*, "The Business Purpose Test and Abuse of Rights", *BTR*, núm. 2, 1985, pp. 68 a 123.

WARNER, P., *Luxembourg in International Tax Planning*, IBFD, Amsterdam, 1997.

WATTEL, P., "Home Neutrality in an Internal Market", *ET*, núm. 5, 1996, pp. 159 a 162.

WEBER, D., "The proposed EC Interest and Royalty Directive", *EC Tax Review*, núm. 1, 2000, pp. 15 a 30.

WERLAUFF, E., "The Consequences of the *Centros* Decisión: Ends and Means in the Protection of Public Interests", *ET*, núm. 12, 2000, pp. 542 a 545.

WIJNEN, W.; MAGENTA, M., "The UN Model in practice", *BIFD*, núm. 12, 1997, pp. 574 a 585.

WIJNEN, W., "Towards a new UN Model?", *BIFD*, núm. 3, 1998, pp. 135 a 143.

WINANDY, J., "Limitations on Benefits in the Proposed U.S.-Luxembourg Income Tax Convention", *TPIR*, núm. 7, 1996, pp. 18 a 27.

WURM, F.J., "Treaty Shopping in the 1992 OECD Model Convention", *Intertax*, núm. 12, 1992, pp. 658 a 671.

XAVIER, A., "El problema de las calificaciones en Derecho tributario internacional", *RDFHP*, núm. 225/226, 1993, pp. 663 a 695.

ZAGARIS, B., "Application of OECD Tax Haven Criteria to Member States Shows Potential Danger to U.S. Sovereignty", *TNI*, núm. 19, 2001, pp. 2298 a 2306.

ZORNOZA PÉREZ, J., "Significado y funciones de las consultas a la Administración en materia tributaria", *CT*, núm. 50, 1984, p. 217 a 237.

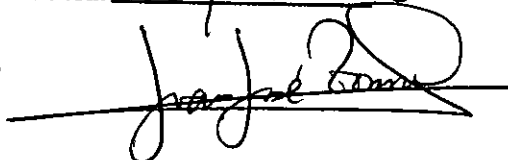
ZORNOZA PÉREZ, J., "La simulación en Derecho tributario", *BICAM*, núm. 16, 2000, pp. 169 a 190.

Reunido el Tribunal que suscribe en el día
de la fecha, acordó conceder a la presente
Tesis Doctoral la calificación de:

SOBRESALIENTE CUM LAUDE POR UNANIMIDAD

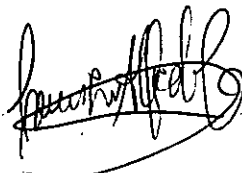
Madrid: 18 junio 2002

Carlos Pálar

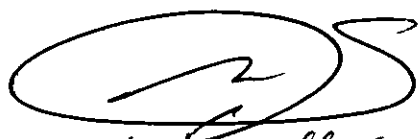




M.T. SOLER RUCH



Fco ALFREDO GORDA



J.M. Calderón Caruso